Hans Schulte

Privatrechtliche Aufopferung und Enteignung

1964

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547227_0002

PRIVATRECHTLICHE AUFOPFERUNG UND ENTEIGNUNG

(Zugleich ein Beitrag zu dem Problem der Rechtsnatur der bergrechtlichen Grundabtretung)

I n a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

vorgelegt von
Rechtsanwalt Hans S c h u l t e
aus Dortmund
1964

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Westermann
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Klein
Dekan: Prof. Dr. Fikentscher
Tag der mündlichen Prüfung: 17. Juli 1964

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK - LEIDEN -

Inhalt

Seite:

I. Einführung 1

1. Die gesetzliche Regelung der bergrechtlichen Grundabtretung 1

2. Zur Geschichte der bergrechtlichen Grundabtretung 3

3. Zur wirtschaftlichen Bedeutung der Grundabtretung 5

4. Die praktische Bedeutung des Streits um die Rechtsnatur der Grundabtretung 7

5. Der Ansatzpunkt der enteignungsrechtlichen Auffassung von der Rechtsnatur der Grundabtretung 10

6. Überblick über die bisherige Diskussion zur Frage der Rechtsnatur der Grundabtretung 12

a) Stellungnahmen aus der Zeit vor Erlaß der WRV 12

b) Stellungnahmen aus der Zeit zwischen Erlaß der WRV und Inkrafttreten des Grundgesetzes 23

c) Die heutigen Ansichten 26

7. Bedenken gegen die Einordnung der Grundabtretung als Enteignung 35

II. Die privaten gesetzlichen Einwirkungsrechte 43

A. Die einzelnen Fälle 43

1. Private gesetzliche Einwirkungsrechte im Nachbarrecht 43

a) Notwegrecht 43

b) Überbau 43

c) Gesteigerte Duldungspflicht bei Immissionen gem. § 26 GewO 44

d) Der "nachbarrechtliche Aufopferungsanspruch" 49

e) Immissionen gem. § 906 Abs.1 und 2 BGB 52

f) Das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis 56

g) Sonstige nachbarliche Einwirkungsrechte 59

h) Grenzscheidung. 61

Seite:

2. Private gesetzliche Einwirkungsrechte im Wasserrecht 61
a) Preußisches Wassergesetz 61
aa) Verliehene Nutzungsbefugnisse 62
bb) Ausgleichungsverfahren 65
cc) Zwangsrechte 67
b) Neues Wasserrecht 70
aa) Bewilligung 71
bb) Ausgleichungsverfahren 72
cc) Zwangsrechte 72

3. Einwirkungsbefugnisse im Recht des "geistigen Eigentums" 74
a) Die Zwangslizenz nach §§ 22, 22a LUG 74
b) Die Zwangslizenz nach § 15 PatG 77

4. Das private gesetzliche Einwirkungsrecht gem. §§ 9, 15 UmwG (Mehrheitsumwandlung) 79

5. Private gesetzliche Einwirkungsrechte im privaten Notstandsrecht 82
a) Die sog. Verfolgungsrechte, §§ 1005, 867, 962 BGB 82
b) Notstand gem. § 904 BGB 82

6. Systematisierung 83
a) Mittelbare und unmittelbare private gesetzliche Einwirkungsrechte 83
b) Selbständige und unselbständige Einwirkungsrechte 86

B. Die Problematik der privaten gesetzlichen Einwirkungsrechte im Hinblick auf Art. 14 GG 87

1. Der Unterschied zwischen Ausübung von privaten gesetzlichen Einwirkungsrechten und Enteignung 87

2. Befugnis des Gesetzgebers, private gesetzliche Einwirkungsrechte beliebig zu schaffen 101
a) Die Fragwürdigkeit des Enteignungsbegriffs 101
b) Unterschiede und Gemeinsamkeiten von Enteignung und privaten gesetzlichen Einwirkungsrechten 103
aa) Das Prinzip der optimalen Güternutzung 104
bb) Die Funktion der Entschädigungspflicht 108
cc) Die Funktion des öffentlichen Interesses 111

Seite:

dd) Das unterschiedliche Verhältnis von unselbständigen und von selbständigen Einwirkungsrechten zur Enteignung 117

c) Die Lösung 120

3. Weitere verfassungsrechtliche Schranken bei der Ausgestaltung unselbständiger Einwirkungsrechte 123

4. Überprüfung der privaten Einwirkungsrechte an den entwickelten Maßstäben 125

5. Die Rechtsnatur der unselbständigen Einwirkungsrechte, dargestellt am Entschädigungsanspruch 130

a) Die Rechtsnatur des Entschädigungsanspruchs 130

b) Der Umfang des Entschädigungsanspruchs 136

III. Die bergrechtliche Grundabtretung 142

A. Die Grundabtretung zur Benutzung 142

1. Die Einordnung in das entwickelte System 142

2. Das Recht auf Grundabtretung als Inhalt des Bergwerkseigentums 145

a) Gesetzeswortlaut und Materialien 148

b) Die Ansicht von Zydek 150

c) Das System des Enteignungsrechts und der Eigentumsbeschränkungen in Preußen im Jahre 1865 153

3. Erörterung weiterer Bedenken gegen die privatrechtliche Natur der Grundabtretung 156

a) Der Bergbautreibende als mit Enteignungsrecht beliehener Unternehmer? 156

b) Das öffentliche Interesse in § 136 Abs.1 ABG 158

c) Die Terminologie anderer Gesetze 159

d) Die verfahrensrechtliche Ausgestaltung der Grundabtretung im ABG 160

e) Ergebnis 166

4. Das Grundabtretungsverfahren in der Sicht heutiger verfahrens- und verfassungsrechtlicher Vorstellungen 166

5. Einschränkung des Ergebnisses 179

B. Die Grundabtretung zu Eigentum 185

IV. Zusammenfassung 188

Literaturverzeichnis

(Zitierweise: Zitiert wird im allgemeinen nur mit Verfassernamen und Seite. Bei Veröffentlichungen in Zeitschriften wird im Zitat außerdem die Fundstelle angegeben. Wo auch bei Beachtung dieser Regeln noch keine eindeutige Bestimmung des zitierten Werkes möglich ist, wird zusätzlich das zitierte Werk mit einem - im Literaturverzeichnis unterstrichenen - Schlagwort angegeben.)

Arndt Ad.	Zur Geschichte des Bergregals und der Bergbaufreiheit, 2.Aufl., Freiburg/Brsg. 1916
-	Allgemeines Berggesetz für die Preussischen Staaten, 6.Aufl., Leipzig 1909, 9.Aufl., Freiburg/Brsg. 1924
-	Zum Neuesten vom griechischen und römischen Bergrecht; in: ZfB 55, S.58 ff.
-	Bemerkungen zu den Beziehungen zwischen Bergbau und Grundbesitz, namentlich bei bergpolizeilichen Eingriffen in Bergwerkseigentum im Interesse der Oberfläche; in: ZfB 55, S.490 ff.
Arnolds Josef	Anmerkung zu einem Urteil des VG Hannover vom 23.5.1960, DVBl 1961, S.170 f.
Austermann Heinz	Bergschadensrecht, Münster 1954
Bachof Otto	Zur Bedeutung des Entschädigungs-Junctims in Enteignungsgesetzen; in: DöV 1954, S.592 ff.
Ballerstedt K.	Anmerkung zu einem Urteil des OLG Freiburg vom 26.10.1950 in JZ 1951, S.227 ff.
Baur Fritz	Lehrbuch des Sachenrechts, München-Berlin 1960
Benkard-Bock-Löscher-Ballhaus	Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz, Patentanwaltsgesetz, 4.Aufl., München-Berlin 1963
Bernhardt Wolfgang	Lehrbuch des deutschen Patentrechts, 2.Aufl., München-Berlin 1963

B o l d t Gerhardt	Das Allgemeine Berggesetz, 1.-3.Aufl., Münster 1948
-	Staat und Bergbau, München-Berlin 1950
-	Treu und Glauben im Bergschädenrecht; in: Glückauf 1939, S.920 ff.
B r a s s e r t Hermann	Allgemeines Berggesetz für die preuß. Staaten, Bonn 1888
B r a s s e r t - G o t t s c h a l k	Allgemeines Berggesetz für die Preußischen Staaten mit Kommentar, 2.Aufl., Bonn 1914
B r o h m Winfried	Rechtsschutz im Bauplanungsrecht, Stuttgart 1959
B u c h Georg	Der Notweg, München-Berlin-Leipzig 1919
B ü c h e n Robert	Welche Rechte hat die Schallplatten-industrie gemäß § 2 Abs.2 LUG? in: Schriftenreihe der internationalen Gesellschaft für Urheberrecht, Bd.5 (1958), S.73 ff.
B u l l i n g e r Martin	Die Enteignung zugunsten Privater; in: Der Staat 1962, Bd.1 Heft 4, S.449 ff.
B u r g h a r t z Franz-Josef	Wasserhaushaltsgesetz und Wassergesetz für das Land Nordrhein-Westfalen, München-Berlin 1962
C o i n g Helmut	Grundzüge der Rechtsphilosophie, Berlin 1950
C z e r m a k Fritz	Verwaltungsgerichtliche Nachprüfbarkeit der unbestimmten Rechtsbegriffe; in: NJW 1961, S.1905 ff.
D e r n b u r g Heinrich	Das bürgerliche Recht, erster Band (Die allgemeinen Lehren) 2.Aufl., Halle 1902
D ü r i g Günter	Zurück zum klassischen Enteignungsbegriff! in: JZ 1954, S.4 ff.
E b e l - W e l l e r	Allgemeines Berggesetz, 2.Aufl., Berlin 1963
E n n e c c e r u s - N i p p e r d e y	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 15.Aufl., Tübingen 1960

Enneccerus - Lehmann	Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearb., Tübingen 1958
Erman	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3.Aufl., Münster 1962
Ermecke Gustav	Die Verantwortung von Staat und Gesellschaft für das geistige Schöpfertum; in: Schriftenreihe der internationalen Gesellschaft für Urheberrecht, Bd.2 (1956), S.17 ff.
Esser Josef	Schuldrecht, 2.Aufl., Karlsruhe 1960
Eyermann - Fröhler	Verwaltungsgerichtsordnung, München-Berlin 1960
Figge R.	Der Notweg; in: AcP Bd.160, S.409 ff.
Forsthoff Ernst	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1.Bd., 7.Aufl., München-Berlin 1958
Giese Friedrich	Enteignung durch Kollektivakt; in: DRiZ 1951, S.192
Gieseke Paul	Der Rechtscharakter der Verpflichtung zum Ersatz von Bergschäden; in: Beiträge zum Wirtschaftsrecht (Festschrift für Rudolf Isay), Köln-Berlin 1956, S.37 ff.
Gottschalk H.	Die Grundlagen der Enteignung nach dem Allgemeinen Berggesetz; in: Glückauf 1912, S.519 ff.
Greiner Gottfried	Wiederbelebung des klassischen Enteignungsbegriffs; in: DöV 1954, S.583 ff.
Gutachten des Sachverständigenausschusses für Raumordnung	Die Raumordnung in der Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart 1961
Grisard Gustav Eric	Der britische Kohlenbergbau, Zürich 1957
Hahn C.	Allgemeines Berggesetz für die preuß. Staaten vom 24.Juni 1865 nebst den vollständigen Materialien, Berlin 1865
Hamann Andreas	Enteignung von Grundstücken zugunsten größerer industrieller Vorhaben; in: BB 1957, S.1258 f.

Hamann Andreas	Das Grundgesetz, 2.Aufl., Neuwied-Berlin 1961
Heck Philipp	Grundriß des Sachenrechts, Tübingen 1930 (Neudruck Aalen 1960)
Heinemann Peter	Raumordnung und bergrechtliche Grundabtretung, Diss. Köln 1961
-	Die Rechtsnatur der Zwangsgrundabtretung und ihrer Versagung nach heutiger Enteignungslehre; in: ZfB 103, S.306 ff.
Hodes Fritz	Hessisches Nachbarrecht, Berlin 1963
Holtz-Kreutz-Schlegelberger	Das preuß. Wassergesetz, unveränderter Nachdruck der 4.Aufl., Berlin-Köln 1955
Huber Ernst-Rudolf	Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2.Aufl. Tübingen, Bd.I 1953, Bd.II 1954
Hubmann Heinrich	Der bürgerlichrechtliche Aufopferungsanspruch; in: JZ 1958, S.489 ff.
Hueck-Nipperdey	Lehrbuch des Arbeitsrechts, 6.Aufl., Berlin-Frankfurt a.M., 1.Bd., 1959, 2.Bd., 1957
Isay Hermann und Rudolf	Allgemeines Berggesetz für die preuß. Staaten, Mannheim-Berlin-Leipzig 1920
Isay Rudolf	Der Geist des heutigen deutschen Bergrechts, München-Berlin 1953
Klostermann R.	Das allgemeine Berggesetz, 4.Aufl., Berlin-Leipzig 1885
Klostermann-Thielmann	Allgemeines Berggesetz für die preuß. Staaten nebst Kommentar, 6.Aufl., Berlin 1911
Koch C.F.	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten, Bd.II, 8.Aufl., Berlin-Leipzig 1886
Kolb Fritz	Das Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts, Köln 1958
Krautschneider Erich	Die Zwangsgrundabtretung unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse im Lande Nordrhein-Westfalen; in: Glückauf 1957, S.140 ff.

K r e m e r Norbert	Der Einfluß des grundgesetzlichen Eigentumsschutzes auf das allgemeine Berggesetz, Diss. Köln 1958
-	Art.14 des Bonner Grundgesetzes und das allgemeine Berggesetz; in: ZfB 99, S.409 ff.
K r ö n e r Herbert	Die Eigentumsgarantie in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, Köln-Berlin-München-Bonn 1961
L a r e n z Karl	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960
-	Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.II, besonderer Teil, 3.Aufl., München-Berlin 1959
L e h m a n n Heinrich	Allgemeiner Teil des bürgerlichen Gesetzbuches, 11.Aufl., Berlin 195
-	Über das Wesen des Urheberrechts; in: Schriftenreihe der internationalen Gesellschaft für Urheberrecht e.V. Bd.2 (1956), S.7 ff.
L i e r m a n n Hans	Die Stellung der §§ 2 Abs.2; 22 und 22 a LUG im Rahmen der rechtsstaatlichen Ordnung; in: Schriftenreihe der internationalen Gesellschaft für Urheberrecht e.V., Bd.11 (1959), S.7 ff.
v. M a n g o l d t - K l e i n	Das Bonner Grundgesetz, Bd.I, 2.Aufl. Berlin-Frankfurt a.M. 1957
M e i s n e r - S t e r n - H o d e s	Nachbarrecht, 3.Aufl., Berlin 1956
M e y e r - T h i e l - F r o b e r g	Enteignung von Grundeigentum, 5.Aufl., Berlin 1959
M i e s b a c h - E n g e l h a r d t	Bergrecht, Berlin 1962
M ü h l	Grundlage und Grenzen des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses; in: NJW 1960, S.1133 ff.
-	Nochmals: Grundlage und Grenzen des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses, insbesondere des Ausgleichsanspruches; in: NJW 1960, S.2324 f.
M ü l l e r - E r z b a c h Rudolf	Das Bergrecht Preußens und des weiteren Deutschlands, Stuttgart 1917

N e u f a n g Heinz	Grundstücksenteignungsrecht, Tübingen 1952
-	Die Anfechtbarkeit der Enteignungsanordnung; in: DVBl 1951, S.108 ff.
O p p e n h o f f Th.F.	Das allgemeine Berggesetz für die preußischen Staaten, Berlin 1870
P a l a n d t	Bürgerliches Gesetzbuch, 20.Aufl., München-Berlin 1961
P a n w i t z	Das Schwengelrecht; in: Blätter für Grundstücks-, Bau- und Wohnungsrecht, 1962, Heft 23, S.357 ff.
P l a n c k G.	Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 6.Bd., Einführungsgesetz 3.Aufl., Berlin 1905
" R G R K "	Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, Bd.III, 1.Teil, 11.Aufl., Berlin 1959
R ü d e n b e r g Paul	Das Notwegrecht, Diss. Bonn 1905
S a l z w e d e l Jürgen	Der Rechtsweg im Wasserrecht; in: Das Recht der Wasserwirtschaft, Veröffentlichungen des Instituts für das Recht der Wasserwirtschaft an der Universität Bonn, Heft 12 (Stand der wasserrechtlichen Entwicklung), Köln-Berlin-Bonn-München 1962, S.50 ff.
S c h a c k Friedrich	Empfiehlt es sich, die verschiedenen Pflichten des Staates zur Entschädigungsleistung aus der Wahrnehmung von Hoheitsrechten nach Grund, Inhalt und Geltendmachung gesetzlich neu zu regeln? in: Verhandlungen des 41. deutschen Juristentages Berlin 1955, Tübingen 1955
	Der für Aufopferungsanspruch neben der Enteignungsentschädigung verbleibende Raum; in: JZ 1956, S.425 ff.
S c h e u n e r Ulrich	Grundlagen und Art der Enteignungsentschädigung; in: Reinhardt-Scheuner Verfassungsschutz des Eigentums, Tübingen 1954, S.63 ff.
S c h l ü t e r - H e n s e	Allgemeines Berggesetz, 3.Aufl., Berlin 1913

S c h ü l e Adolf	Der streitentscheidende Verwaltungsakt; in: Staats- und verwaltungswissenschaftliche Beiträge, hrsg. von der Hochschule für Verwaltungswissenschaften in Speyer, S.277, Stuttgart 1957
S c h u l t e Hans-Wilhelm	Über das Verhältnis von Bergbau und Grundbesitz nach dem Gesetzesvorschlag von Rudolf Isay; in: Beiträge zum Wirtschaftsrecht (Festschrift für Rudolf Isay, Köln-Berlin 1956, S.23 ff.
S c h u l z e Erich	Die Zwangslizenz, Frankfurt a.M. - Berlin 1960
S e l l m a n n	Anmerkung zu einem Urteil des BVerwG; in: DVBl 1958, S.170 ff.
S e u f e r t Günther	Bayerisches Enteignungsrecht, Berlin 1957
S i e v e r s Rudolf	Nutzung und Eigentum an oberirdisch fließenden Gewässern; in: DVBl 1962, S.77 ff.
-	Der Rechtsweg im Wasserrecht; in: DVBl 1962, S.193 ff.
S o e r g e l	Bürgerliches Gesetzbuch, neu herausgegeben von Siebert, 9.Aufl., Bd.III (Sachenrecht), Stuttgart 1960
S t a u d i n g e r	J.v. Staudingers Kommentar zum BGB mit Einführungsgesetz u. Nebengesetzen, 11.Aufl., Berlin, Bd.1 1957, Bd.2 1961, Bd.3, 1.Teil 1956, Bd.3, 2.Teil 1963
v. T u r e g g - K r a u s	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 4.Aufl., Berlin 1962
U l e Carl Hermann	Verwaltungsprozeßrecht, München-Berlin 1960
U l m e r Eugen	Urheber- und Verlagsrecht, 2.Aufl., Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960
Verwaltungsrechtsordnung	für Württemberg. Entwurf eines Gesetzes mit Begründung. Stuttgart 1931, Ergänzungsband, Stuttgart 1936
V o e l k e l	Die bergrechtliche Zwangsgrundabtretung; in: ZfB 51, S.45 ff.

W e b e r Werner	Eigentum und Enteignung; in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd.2, Berlin 1954, S.331 ff.
-	Urheberrecht und Verfassung, Bd.24 der Schriftenreihe der internationalen Gesellschaft für Urheberrecht, Berlin-Frankfurt a.M. 1961
W e i ß Wolfgang	Der Rechtscharakter der bergrechtlichen Grundabtretung, Diss. Münster 1962
W e s t e r m a n n Harry	Sachenrecht, 4.Aufl., Karlsruhe 1960
-	Nachbarliche Vorschriften in einem Bundesbaugesetz; in: Bauliches Nachbarrecht, Schriftenreihe des Bundesministers für Wohnungsbau, Bd.4, S.9 ff.
-	Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht, Heft 32 der Schriften der Gesellschaft zur Förderung der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster, Münster 1955
-	Welche gesetzlichen Maßnahmen zur Luftreinhaltung und zur Verbesserung des Nachbarrechts sind erforderlich? Bd.9 der wissenschaftlichen Abhandlungen der Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen, Köln-Opladen 1958
-	Anmerkung zu einem Urteil des BGH; in: JZ 1963, S.406 f.
W e s t h o f f Wilhelm	Bergbau und Grundbesitz, Bd.II, Die Grundabtretung. Die öffentlichen Verkehrsanstalten, Berlin 1906
-	Grundlegende Fragen des bergbaulichen Enteignungsrechts; in: ZfB 46, 43 ff.
W e s t h o f f - S c h l ü t e r	Geschichte des deutschen Bergrechts; in: ZfB 50, 27 ff.
W i l l e c k e Raimund	Grundriß des Bergrechts, 3.Aufl., Berlin-Göttingen-Heidelberg 1958
W i n d s c h e i d Bernhard	Die actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts, Düsseldorf 1856

W i t z e l Gustav	Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts, Berlin-Frankfurt a.M. 1958
W o l f f Hans J.	Verwaltungsrecht, Bd.1, 3.Aufl., München-Berlin 1959
W o l f f - R a i s e r	Sachenrecht, 10.Bearb., Tübingen 1957
W u l f f Georg	Wassergesetz, 2.Aufl., Berlin-Leipzig 1928
W ü s t h o f f Alexander	Einführung in das deutsche Wasserrecht, 2.Aufl., Berlin 1957; 3.Aufl. (bearb.v. Grimme und Kolb) Berlin 1962
-	Handbuch des deutschen Wasserrechts, Bd.I, Berlin-Bielefeld-München 1949
Z y c h a Adolf	Das böhmische Bergrecht des Mittelalters, Bd.1, Berlin 1900
Z y d e k	Anmerkung zu einem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts; in: ZfB 101, S.97 ff.

I. Einführung

1. Die gesetzliche Regelung der bergrechtlichen Grundabtretung

Unter bergrechtlicher Grundabtretung (im folgenden kurz Grundabtretung genannt) versteht man die Befugnis des Bergwerkseigentümers[1], von einem Grundeigentümer[2] die Überlassung von Flächen zu verlangen, die zu Zwecken des Bergbaus benötigt werden, die also z.B. zur Errichtung von oberirdischen Bergwerksanlagen oder auch zum Abtragen der oberen Erdschichten - so etwa beim Braunkohlentagebergbau - erforderlich sind, vgl. §§ 64, 135 ABG. Das Recht auf Abtretung kann allerdings nicht durch Klage vor den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden, vielmehr entscheidet ein "gemeinsamer

---

1) So jedenfalls § 64 ABG; es ist allerdings unstreitig, daß auch der Pächter oder der Nießbraucher eines Bergwerks diesen Anspruch geltend machen kann, vgl. z.B. Ebel-Weller § 64 Anm.1; Miesbach-Engelhardt, Anm.1 zu § 64 ABG, S.129; Boldt § 135 Anm.2; Isay § 135 Anm.B II 2; Müller-Erzbach S.308 f; Brassert-Gottschalk § 135 Anm.2; RG ZfB 51, S.158 f = RGZ 71, 152 f; RG ZfB 60, S.96 ff = RGZ 93,10 ff; die Frage, ob dieser Anspruch dem Bergwerksbesitzer aus eigenem Recht zusteht oder stets ein vom Bergwerkseigentümer abgeleitetes Recht bleibt, bedarf allerdings im Zusammenhang der vorliegenden Untersuchung weiterer Erörterung, vgl. dazu unten, S.150 ff.

2) Abtretungspflichtig ist nach allgemeiner Meinung allerdings auch jeder Grundbesitzer, also Nießbraucher, Dienstbarkeitsberechtigte, aber auch nur obligatorisch Berechtigte, also Pächter und Mieter, so z.B. Ebel-Weller § 135 Anm.6; Miesbach-Engelhardt Anm.9 zu § 135 ABG, S.354; Boldt § 135 Anm.2; Isay § 135 Anm.B II 3; Brassert-Gottschalk § 135 Anm.3; RG ZfB 60, S.96 ff = RGZ 93,10 ff; einschränkend Müller-Erzbach, S.310, der die Grundabtretung gegen Pächter und andere obligatorisch Berechtigte nur zulassen will, wenn der Bergwerkseigentümer seine eigenen Grundstücke für Bergbauzwecke benötigt und der Pachtvertrag ihn daran hindert, nicht aber gegenüber Pächtern fremder, von ihm beanspruchter Grundstücke. Das sei überflüssig, weil sich diese auf § 571 BGB nach erzwungener Abtretung durch den Grundeigentümer nicht berufen könnten.

Beschluß" des Oberbergamtes und des Regierungspräsidenten darüber, ob der Betroffene Flächen abtreten muß oder nicht, vgl. §§ 142, 144 ABG. Das Gesetz unterscheidet Abtretung zur Benutzung und Abtretung zu Eigentum, die vom Bergwerkseigentümer aber nur verlangt werden kann, wenn es um die Abtretung bebauter Flächen geht, vgl. § 136 Abs.2 ABG. In anderen Fällen, z.B. wenn die Benutzung durch den Bergwerksbetrieb voraussichtlich länger als drei Jahre dauert, kann der Grundeigentümer verlangen, daß der Bergwerkseigentümer die beanspruchten Flächen zu Eigentum erwirbt, vgl. § 138 ABG.

Das bayerische Berggesetz, Art. 178 ff, enthält im wesentlichen die gleiche Regelung wie das ABG. Die Regelung der verfahrensrechtlichen Seite der Grundabtretung ist im bayBG wesentlich ausführlicher. Das hat für die vorliegende Untersuchung jedoch keine Bedeutung. Auch die übrigen in der Bundesrepublik geltenden Berggesetze enthalten bezüglich der Grundabtretung keine Abweichungen, deren Erwähnung im Rahmen dieser Untersuchung erforderlich wäre.[2)]

Neben dem örtlichen Geltungsbereich der Vorschriften über die Grundabtretung interessiert der sachliche Geltungsbereich: Ursprünglich galten sie nur für den Bergbau auf die in § 1 ABG aufgeführten Mineralien. Durch das Erdölgesetz[3)] und das Phosphoritgesetz[4)] wurden sie in Preußen auch auf die in diesen Gesetzen

---

1) vgl. hierzu im Einzelnen: Miesbach-Engelhardt Einl. II 3.

2) Diese bezieht sich damit auf das gesamte in der Bundesrepublik geltende Bergrecht; wenn nur die Vorschriften des ABG zitiert werden, so bedeutet das also keine sachliche Einschränkung, sondern dient nur der Vereinfachung und Übersichtlichkeit.

3) Gesetz über die Aufsuchung und Gewinnung von Erdöl und anderen Bodenschätzen vom 12.Mai 1934 (GS S.257)

4) vom 16. Oktober 1934 (GS S.404).

genannten Mineralien erstreckt. Sie gelten auch für den Abbau bestimmter Grundeigentümermineralien, so nach Art.3 des bay.Graphitgesetzes[1] für die noch den Grundeigentümern zustehenden Graphitvorkommen und nach § 214 c ABG für die linksrheinischen Dachschieferbrüche, vor allem aber für den Grundeigentümerbergbau auf die in § 1 der "Sylvesterverordnung"[2] genannten Mineralien[3].

2. Zur Geschichte der bergrechtlichen Grundabtretung

Das Alter des Rechtsinstituts der Grundabtretung läßt sich nicht festlegen. Die erste deutsche Aufzeichnung des Iglauer-Bergrechts, die in die Jahre zwischen 1290 und 1300 fällt[4], enthielt bereits Vorschriften über weitgehende Rechte des Bergbautreibenden gegenüber Grundeigentümern, so das Recht, "Hütten", d.h. Erzmühlen und Schmelzvorrichtungen, zu errichten[5][6] und über die Pflicht des Grundeigentümers zur Gestellung von Holz zum Schacht- und Stollenbau.[7][8] Als Äquivalent für diese Beschränkungen waren dem Grundeigentümer "Herrenlehen", "Ackerteil", d.h. ein Mitbaurecht, und

---

1) Gesetz über Graphitgewinnung vom 12.November 1937 (BayBS IV S.164).

2) Verordnung über die Aufsuchung und Gewinnung mineralischer Bodenschätze vom 31.Dezember 1942 (RGBl I 1942 S.17).

3) so auch Miesbach-Engelhardt Anm.IV vor § 135 ABG und Anm.3 zu § 6 Sylvesterverordnung, S.587.

4) so Westhoff-Schlüter S.48; Zycha I, S.76.

5) vgl. § 25 der ersten Redaktion des deutschen Iglauer Bergrechts, abgedruckt bei Zycha II, S.32.

6) "Die ersten Spuren von Grundabtretungsrecht" finden sich also nicht erst, wie noch Westhoff II, S.10, meint, in der Salzburgischen Bergordnung von 1342.

7) vgl. § 26 aaO, bei Zycha II, S.32.

8) wegen weiterer Einzelheiten vgl. bei Zycha I, S.178 ff, Westhoff-Schlüter, S.79.

das "Dritteil der Urbar" zugesprochen.[1] Hierbei handelt es sich also nicht etwa um eine Entschädigung für Bergschäden, vielmehr waren solche damals gar nicht bekannt oder jedenfalls so bedeutungslos, daß sie keine besondere Regelung erforderten.

> Ein Bergschadenrecht im heutigen Sinne kannte noch nicht einmal das preußische allgemeine Landrecht, es wurde vielmehr erst in der Rechtsprechung des preußischen Obertribunals entwickelt.[2]

Das Rechtsinstitut der Grundabtretung ist jedoch ohne Zweifel viel älter als das Iglauer Bergrecht. Es muß so alt sein wie der Gegensatz Bergbau - Grundeigentum überhaupt, und dieser Gegensatz wiederum ist so alt wie die Bergbaufreiheit, d.h. wie der Ausschluß des Rechts zur Gewinnung von Bodenschätzen aus dem Grundeigentum. Bergbaufreiheit aber hat es wohl zu allen Zeiten - wenn auch nicht überall - gegeben. Im frühen deutschen Recht brauchte zwar sehr wahrscheinlich trotz Bergregals der Grundeigentümer keinen fremden Unternehmer auf seinem Eigentum schürfen und abbauen zu lassen[3]; viel früher aber kannten schon das griechische und zum Teil das römische Recht Bergbaufreiheit, Okkupationsrecht des Bergbaulustigen und Entschädigung für den Grundeigentümer[4].

---

1) vgl. im einzelnen bei Zycha I, S.188-192.

2) Es handelt sich im wesentlichen um die drei Entscheidungen OT 4,354; 9,101; 18,71. Eine knappe Darstellung dieser Entwicklung bringt Austermann, S.5 ff.

3) vgl. Sachsenspiegel I Art.35 § 2; Nachweise über den Streit zur Auslegung dieser Stelle bei Müller-Erzbach, S.75, Fußn.1.

4) vgl. im einzelnen: Arndt, Geschichte, S.7 ff.

3. Zur wirtschaftlichen Bedeutung der Grundabtretung

Die Grundabtretung hängt - wie gesagt - eng mit der Bergbaufreiheit zusammen: Wenn Bodenschätze dem Grundeigentum entzogen sind, muß der Bergbautreibende zusätzlich die Möglichkeit haben, gegen den Willen des Oberflächeneigentümers einen Zugang zu den Lagerstätten zu erzwingen. Anders ist Bergbau auf der Grundlage der Bergbaufreiheit nicht möglich. Wenn man ohne Grundabtretung auskommen wollte, müßte man also zum Grundeigentümerbergbau übergehen[1]. Aber das würde dem System der Bergbaufreiheit gegenüber erhebliche Nachteile haben:

Zwar hat sich gerade in England auf der Grundlage des Grundeigentümerbergbaus[2] eine große Kohlenförderung entwickelt. Der Eigensinn vieler Kleingrundbesitzer ließ dort aber eine Unzahl von Zwergbetrieben entstehen; eine optimale Betriebsgröße konnte selten erreicht werden. Würden sich diese Nachteile nicht durch die beachtlichen Vorteile der geologischen Bedingungen gegenüber den kontinentalen Kohlevorkommen - geringere mittlere Teufe, größere Flözmächtigkeit, bessere Kohlenqualität[3] - ausgeglichen haben, hätte der englische Kohlenbergbau niemals seine überragende Stellung erreichen können, und der Nachteil der bergrechtlichen Eigenart Englands ist schließlich auch eine der Ursachen für den wirtschaftlichen Niedergang des englischen Bergbaus seit 1913 gewesen, der seinerseits den Sozialisierungsbestrebungen wesentliche Durchschlagskraft verliehen hat.[4]

---

1) Aber nicht einmal diesem ist die Grundabtretung völlig fremd, vgl. unten S.152

2) vgl. Grisard, S.36/37.

3) vgl. hierzu Grisard, S.20-23.

4) Das wird bei Grisard nachgewiesen, vgl. insbesondere S.37-39, 77/78, 105-106.

Das Bestehen des Rechtsinstituts der Grundabtretung kann danach ohne Übertreibung als eine wesentliche rechtliche Voraussetzung für die wirtschaftliche Entwicklung des Bergbaus in Deutschland bezeichnet werden.

Die Praxis ist zwar vielfach den Weg gegangen, daß nicht Zwang im Grundabtretungsverfahren angewandt wurde, sondern daß die Bergbaugesellschaften vorausschauend große Flächen freihändig erwarben - womit vielfach auch Bergschadenersatzansprüchen vorgebeugt wurde - und bei Bedarf dann nicht auf das Mittel der Grundabtretung zurückgreifen mußten. Vor allem gilt dies für den Steinkohlenbergbau. Aber auch diesem wären wohl große Schwierigkeiten entstanden, wenn nicht als letzter Ausweg immer noch das Grundabtretungsverfahren offengestanden hätte, allein schon als Rückendeckung bei Verhandlungen mit abtretungsunwilligen Grundeigentümern.

Man kann nicht einwenden, daß der Bergbau auch ohne das Institut der Grundabtretung auskommen könne, weil die Enteignungsbefugnis aufgrund von § 11 EnergWG einem großen Teil der Bergbautreibenden ebenfalls alle erforderlichen Möglichkeiten gebe. Das ist allerdings, wie nicht zu leugnen, eine Tatsache, die die wirkliche Bedeutung der Grundabtretung mindert.[1)] Ausschließen kann sie sie jedoch nicht: Einmal sind - wenn die hier vertretene Ansicht von der Rechtsnatur der Grundabtretung richtig ist - die Voraussetzungen von Grundabtretung und Enteignung verschieden, und zwar sind die Voraussetzungen der Grundabtretung geringer, so daß sie vom Bergbau leichter durchzusetzen ist als eine

---

1) In diesem Zusammenhang ist auch auf eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 7.11.1959 in ZfB 101,89 ff hinzuweisen, wonach in Fällen, in denen sowohl ein Enteignungsverfahren als auch das Grundabtretungsverfahren anwendbar ist, nach den Vorschriften über die Grundabtretung verfahren werden muß. Sehr kritisch zu dieser Entscheidung allerdings Zydek in ZfB 101,97 ff.

Enteignung.[1] Zum andern wird manchmal nicht genügend beachtet, daß es eben nicht nur Kohlenbergbau gibt, sondern auch eine große Anzahl - meist kleinerer - Bergwerksbetriebe, die sich mit dem Abbau von weniger bedeutenden oder gar volkswirtschaftlich bedeutungslosen Mineralien befassen.

Entstehung und Bestand gerade dieser Betriebe sind in besonders hohem Maße von der Möglichkeit des Rechts auf Grundabtretung abhängig, denn gerade bei ihnen fehlt i.d.R. jedes öffentliche Interesse, das eine Enteignungsbefugnis begründen könnte.

4. Die praktische Bedeutung des Streits um die Rechtsnatur der Grundabtretung

Die vorliegende Untersuchung ist ein Beitrag zu dem alten Streit um die Frage, ob die Grundabtretung, d.h. die Durchsetzung der Rechte aus §§ 64, 135 ff ABG, eine Enteignung ist.

Die praktische Bedeutung dieses Meinungsstreits liegt darin, daß bei Annahme einer Enteignung im Einzelfall geprüft werden muß, ob für die Grundabtretung ein "öffentliches Interesse" vorliegt, denn gem. Art.14 Abs.3 Satz 1 GG ist eine Enteignung nur "zum Wohle der Allgemeinheit" statthaft.

Von einigen Autoren werden diese Folgen allerdings als wenig schwerwiegend angesehen. Das geschieht mit der Begründung, wegen der übergeordneten Bedeutung des Bergbaus liege auch die Abtretung eines Grundstücks an den Bergbau stets im öffentlichen Interesse.[2] Wenn

---

1) s. Anm. 1 , S. 6 dieser Untersuchung.

2) Vgl. z.B. Heinemann, ZfB 103,310; Kremer, ZfB 99, 415; Weiß, S.63 ff: Ebel-Weller, Anm.2 vor § 135, S.247, begnügen sich damit zu sagen, der Gesetzgeber habe unterstellt, daß die Grundabtretung grundsätzlich dem Allgemeinwohl dient.

sich das so allgemein sagen ließe, hätte die Frage, ob die bergrechtliche Grundabtretung Enteignung ist, allerdings kaum noch praktische Bedeutung; die Annahme einer Enteignung würde zu denselben Ergebnissen führen wie die Einordnung der Grundabtretung als einer privatrechtlichen, nachbarrechtlichen Befugnis.

Die Meinung, die "übergeordnete Bedeutung" des Bergbaus begründe das öffentliche Interesse bei der Grundabtretung, mißt aber folgendem ein zu geringes Gewicht bei: Das öffentliche Interesse kann im Einzelfall - auf diesen kommt es allein an[1] - durchaus zu verneinen sein: Wenn man nämlich das öffentliche Interesse und die Notwendigkeit im Einzelfall prüft, muß gefragt werden, ob das Unternehmen, das den Grundabtretungsanspruch geltend macht, schutzwürdig ist, ob es also volkswirtschaftlich gerechtfertigt ist, gerade diesem Unternehme die Ausdehnung zu gestatten. Es ist zwar richtig, daß bei der Frage des öffentlichen Interesses nur allgemei wirtschaftliche Gesichtspunkte zu berücksichtigen sin nicht aber die wirtschaftlichen Gesichtspunkte der unmittelbar Beteiligten[2]. Das erübrigt aber auf keinen Fall - sondern fordert geradezu - die Prüfung, ob die einzelne Grundabtretung auch geeignet ist, diese allgemeinwirtschaftlichen Belange im Einzelfall zu fördern.

Das würde aber zu nichts anderem führen als zu einer Überprüfung der unternehmerischen Entscheidung der Bergwerksunternehmen durch Verwaltungsbehörde und Gericht. Wenn z.B. eine Schachtanlage im Ruhrgebiet, deren Stillegung von den Behörden für wünschenswert gehalten wird, versuchen sollte, einen neuen Schacht

---

1) Vgl. Miesbach-Engelhardt, S.349; Huber II, S.54; v.Mangoldt-Klein, Art.14 Anm.VII,6, S.445; Weber, S.383.

2) So auch Weber, S.381 ff; Hamann, BB 1957, S.1258 f; Weiß, S.64.

abzuteufen - um neue Felder zu erschließen -, so wäre die Grundabtretung zu versagen, wenn diese Entscheidung unternehmerisch unklug und volkswirtschaftlich nicht wünschenswert wäre[1]. Das gilt auch, wenn nur Grundstücke in Anspruch genommen werden sollen, an denen kein öffentliches Interesse besteht. Wenn nämlich die unternehmerische Entscheidung unklug ist und ein Ausbau der betreffenden Zechenanlage gesamtwirtschaftlich als untunlich erscheint, besteht keine Gewähr dafür, daß mit dieser Grundabtretung das Allgemeinwohl gefördert wird. Dann besteht überhaupt kein öffentliches Interesse, das die betroffenen Privatinteressen überwiegen und verdrängen könnte[2].

Im übrigen dürfte es eine Vielzahl kleiner Betriebe geben, die Bergbau auf unbedeutende Mineralien betreiben und bei denen ein öffentliches Interesse am Abbau kaum zu konstruieren ist. Die Autoren, die von dem grundsätzlichen und vorgegebenen öffentlichen Interesse zugunsten des Bergbaus sprechen, haben anscheinend nur Steinkohlenbergbau und Braunkohlenbergbau vor Augen, vielleicht noch Bergbau auf Kali und Erdöl, übersehen aber, daß es eine große Zahl - kleiner - Betriebe gibt, etwa in Bayern, die Bergbau auf andere Mineralien treiben.

Dies zeigt, daß es falsch ist, das öffentliche Interesse einer Grundabtretung generell mit dem Schlagwort der übergeordneten Bedeutung des Bergbaus zu bejahen.

Daraus ergibt sich, daß die Frage, ob die Grundabtretung eine Enteignung im Sinne von Art.14 GG ist, erhebliche praktische Bedeutung hat, und daß daher Erörterung und Beantwortung dieser Frage wünschenswert sind.

---

1) Die Situation ist ganz dieselbe wie die von Voelkel, ZfB 51, S.62/63, erwähnte Lage des Kali-Bergbaus zu Beginn dieses Jahrhunderts.

2) Das verkennt Weiß, S.66/67.

5. Der Ansatzpunkt der enteignungsrechtlichen Auffassung von der Rechtsnatur der Grundabtretung

Die Regelung der §§ 64, 135 ff ABG über die bergrechtliche Grundabtretung ist zwar - wie dargestellt[1] - im Prinzip nichts Neues. Diese Vorschriften geben im wesentlichen einen seit Jahrhunderten bestehenden Rechtszustand wieder und entsprechen zwingenden wirtschaftlichen Notwendigkeiten. Mit Schaffung der Art. 153 WRV und 14 GG sind aber Vorstellungen über den Inhalt und die Schranken des Privateigentums in den Rang verfassungsrechtlicher Grundsätze erhoben worden, an die der Gesetzgeber früherer Zeiten nicht in gleichem Umfang gebunden war.

Die Tatsache, daß der Bergwerkseigentümer durch Ausübung seiner Rechte nach §§ 64, 135 ff ABG - unter Einschaltung der zuständigen Behörden und Gerichte - den Grundeigentümer zur Übereignung oder zumindest zur Gewährung der Benutzung von Grundstücken zwingen kann, legt es daher nahe, zu prüfen, ob diese Regelung aus dem Jahre 1865 heute entweder selbst als Enteignung gem. Art.14 GG zu qualifizieren ist oder doch zumindest eine Enteignung zuläßt und daher bestimmten verfassungsrechtlichen Einschränkungen unterliegt.

Art.14 Abs.3 S.2 GG erkennt ausdrücklich an, daß eine Enteignung nicht nur aufgrund, sondern auch durch Gesetz erfolgen kann.

In der Rechtsprechung sind zwar diejenigen Fälle am häufigsten, bei denen es um den enteignenden Charakter einer untergesetzlichen Norm geht[2], wobei noch sehr fraglich ist, ob diese Fälle überhaupt Legalenteignungen darstellen oder ob Gesetz i.S. von Art.14 Abs.3 S.2 GG nur das förmliche Gesetz ist[3]. Jedenfalls sind aber auch Fälle einer Enteignung durch formelles Gesetz denkbar[4].

---

1) vgl. o., S. 3 f.

2) z.B. um Fluchtlinien, Baubeschränkungen durch Bebauungspläne, befristete Bausperren und Entziehung privater Wasserbezugsrechte, vgl. etwa BGH WM 1958,

Entscheidend ist hier jedoch, daß eine Enteignung durch Gesetz nur dann vorliegt, wenn das Eigentum unmittelbar durch das Inkrafttreten des Gesetzes entzogen oder beeinträchtigt wird[5].

Deshalb kann in den §§ 64, 135 ABG keine Enteignung durch Gesetz liegen. Durch das Vorhandensein dieser Vorschriften wird keinem Grundeigentümer sein Recht unmittelbar entzogen oder geschmälert.

In Betracht kommt somit allein eine Enteignung durch einen behördlichen Akt, also durch den Grundabtretungsbeschluß gem. §§ 142 ff ABG.

Die Rechtsfolgen dieses Beschlusses legen es in der Tat nahe, an eine Enteignung zu denken: Im gesetzlichen Normalfall wird dem Bergwerkseigentümer durch den Grundabtretungsbeschluß zwar nicht das Eigentum an dem beanspruchten Grundstück zugesprochen, aber doch ein langjähriges Nutzungsrecht. Das ist ohne Zweifel eine Beeinträchtigung des Grundeigentümers, die - jedenfalls ihrer Schwere nach - eine Enteignung darstellen könnte. Für diejenigen Autoren, die in dem Grundabtretungsbeschluß einen hoheitlichen Eingriff in das Grund-

---

847; BGH DVBl. 1960,557 - zur Fluchtlinienfestsetzung; BGH LM Nr.71 zu Art.14 GG, WM 58,847, MDR 59, 337, WM 58,1371 - zum Bebauungsplan; BGHZ 30,338; 15,268; WM 1960,408 - zur Bausperre; OVG Münster JZ 1959,359 - zur Entziehung von Wasserbezugsrechten durch Ortssatzung.

3) So die ganz überwiegende Meinung, vgl. z.B. Meyer-Thiel-Froberg, S.37; v.Mangoldt-Klein, Art.14 Anm. VII 7 b, S.446; Bachof, DöV 54,592 ff. (593); Dürig JZ 54,4 ff. (7); Giese, DRiZ 51,192; Greiner, DöV 54,583 ff. (584/585); Wolff, § 62 IV b, S.331/332; a.A.: Weber, S. 380,.381.

4) Als Beispiele sind zu erwähnen: Entziehung erbherrlicher Rechte, vgl. RGZ 103,200 ff.; Entziehung einer "Kohlenrente" des Grundeigentümers gem. § 199 des Anhaltischen Berggesetzes, vgl. RGZ 109,310 ff.

5) Allgem. Meinung, vgl. z.B. v.Mangoldt-Klein, Art.14 Anm.VII 7c, S.447; Huber II, S.52.

eigentum sehen, stellt sich dann nur noch die Frage, ob dieser Eingriff dem Betroffenen ein "Sonderopfer" auferlegt, ob also der Grundeigentümer anderen Grundeigentümern in vergleichbarer Lage gegenüber ungleich behandelt wird. Diese Frage ist leicht zu bejahen, wenn man die Lage des Grundstücks über abbauwürdigen Bodenschätzen als eine zufällige Besonderheit ansieht oder einfach darauf abstellt, daß ja nicht jeder Grundeigentümer im Geltungsbereich des GG einem Grundabtretungsanspruch ausgesetzt wird.[1)]

6. Überblick über die bisherige Diskussion zur Frage der Rechtsnatur der Grundabtretung

Wie viele der enteignungsrechtlichen Fragen ist auch die der Rechtsnatur der Grundabtretung sehr umstritten. Bemerkenswert ist allerdings, daß dieser Streit viel älter als das Grundgesetz ist und sogar schon bestand, bevor die Weimarer Reichsverfassung in Kraft trat.

a) Stellungnahmen aus der Zeit vor Erlaß der WRV

Die älteren Stellungnahmen zu diesem Streit können in heutigen Untersuchungen nur noch mit Vorbehalten benutzt werden. Ihr Verständnis wird dadurch erschwert und ihre Verwertbarkeit dadurch gemindert, daß vor Geltung der WRV ein anderer Enteignungsbegriff verwendet wurde als heute[2)] und zum anderen dadurch, daß

---

1) So z.B. P. Heinemann, ZfB 103, S.309.

2) so definierte Dernburg (S.113) die Enteignung als "Entziehung von Vermögensrechten durch einen staatlichen Verwaltungsakt im öffentlichen Interesse gegen Entschädigung", also enger als heute, wenn auch bereits so ähnlich, daß frühere Meinungen, die von diesem Begriff ausgehen, jedenfalls ohne große Schwierigkeiten verstanden werden können. Eine weit verbreitete ältere Meinung sah dagegen - jedenfalls für den Rechtszustand nach dem ALR - die Enteignung als Zwangskauf an, so Westhoff II, S.80 und die dort in Fußn.1 Zitierten. Äußerungen zur Rechtsnatur der Grundabtretung, die auf dieser Meinung auf-

sie von einem anderen praktischen Ansatzpunkt her an das Problem herankommen: Während es heute im wesentlichen um die Frage geht, ob für die Grundabtretung gem. Art.14 Abs.3 GG ein öffentliches Interesse im Einzelfall vorliegen muß oder nicht, und die Antwort auf diese Frage davon abhängt, ob Enteignung vorliegt oder nicht, gingen frühere Autoren vielfach von der Frage aus, ob Art.109 EGBGB auf die bergrechtliche Grundabtretung anzuwenden sei[1]. Danach gelten bei Entschädigungen aufgrund landesrechtlich zugelassener Entziehung, Beschädigung oder Benutzung einer Sache und Beschränkungen des Eigentums im öffentlichen Interesse die Art.52,53 EGBGB, also die Vorschriften über die Rechte von Realgläubigern an Ersatzansprüchen für Beeinträchtigung der verhafteten Sache. Die Fragestellung war also genau umgekehrt wie heute: Man fragte, ob Enteignung vorliege und beantwortete die Frage danach, ob das Gesetz für die Grundabtretung öffentliches Interesse verlangt.

Schließlich ist bei diesen älteren Autoren oft verwirrend, daß sie von bergrechtlicher Enteignung sprechen, obwohl sie der Ansicht sind, daß gar keine Enteignung vorliegt[2].

Besondere Schwierigkeiten bereitet das Verständnis von Ansichten zur Frage der Rechtsnatur der Grundabtretung, die vor 1900, also zu einer Zeit, als noch das preuß.

---

bauen, sind daher nur schwer verständlich und kaum verwendbar, insbesondere wenn sie diese Meinung auch noch für den Rechtszustand nach den BGB vertreten, wie es Westhoff (II, S.81) und andere - bei Westhoff aaO., Fußn.4 Zitierte - tun.

1) Vgl. etwa Voelkel, ZfB 51, S.53; Planck Art.109 EGBGB Anm.4.

2) Voelkel, ZfB 51, S.45/46, der so verfährt, meint, diese Terminologie empfehle sich aus praktischen Gründen, weil sie weit verbreitet sei und "dem Verständnis des Publikums" entgegenkomme.

ALR galt, geäußert wurden. So wird in dem Kommentar von O p p e n h o f f aus dem Jahre 1870 die Grundabtretung stets als "Expropiation" bezeichnet[1], andererseits aber auch für richtig gehalten, daß "die dem § 30 I 8 ALR zugrunde liegende Anschauung mehr oder weniger auch hier Platz greife". § 30 I 8 ALR spricht aber nicht etwa von Enteignung, sondern von staatlichen Einschränkungen des Privateigentums und meint damit, wie § 32 aaO zeigt, Beschränkungen des Eigentums durch Gesetz, also etwa - um in heutigen Begriffen zu sprechen - keine Enteignung, sondern eine Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums. Eine Gleichsetzung der damals von Oppenhoff und anderen gebrauchten Begriffe "Expropriation" und "gesetzliche Eigentumsbeschränkung" mit heutigen Begriffen bleibt aber notwendigerweise sehr fragwürdig, weil es heute keine Begriffe gibt, die sich mit den damaligen decken. Die Zusammenstellung und Auswertung von Ansichten, die vor 1900 geäußert wurden, lohnt sich daher nicht. Nur eine dieser älteren Äußerungen soll hier noch erwähnt werden: K l o s t e r m a n n [2] sagt im Jahre 1885, es sei zu unterscheiden zwischen den eigentlichen Bergwerksanlagen (z.B. Hilfsbaue, Maschinenanlagen, Halden, Verbindungswege zur nächsten öffentlichen Straße) und Anlagen, die lediglich den Absatz erleichtern sollen. Im ersten Fall bewege sich der Bergwerksbesitzer in der Ausübung seines Eigentumsrechts durch Gewinnung der Mineralien, welche eine entsprechende Einschränkung des Grundeigentums notwendig zur Folge haben müsse. Deswegen liege insoweit eine "notwendige Servitut" vor. Bei den Anlagen dagegen, die den Absatz erleichtern sollten, sei die Grundabtretung nicht durch das Recht, sondern nur durch das Interesse des Bergwerkseigentümers bedingt, dessen Förderung vom öffentlichen Wohl verlangt

---

1) Vgl. die Anm. zu §§ 64 und 135.
2) Vgl. § 135 Note 287, S.239.

werde. Deshalb liege in diesen Fällen eine Enteignung vor. Diese Ansicht Klostermanns ist deswegen erwähnenswert, weil sie sich auf die Materialien des ABG berufen kann[1], vor allem aber deswegen, weil auch in der vorliegenden Arbeit die Unterscheidung zwischen notwendiger Kollisionsregelung und Förderung wirtschaftlicher Interessen eines Unternehmens eine wesentliche Rolle spielt[2] und Klostermann der einzige ist, der bislang erkannt hat, daß sich möglicherweise beide Gedanken in den §§ 64, 135 ff ABG verwirklichen.

Die erste monographische Darstellung der Grundabtretung und zugleich die erste Darstellung, die Überlegungen zur Rechtsnatur der Grundabtretung breiteren Raum gibt, findet sich bei W é s t h o f f [3]. Er wird denn auch seither stets als einer der wichtigsten Vertreter der Meinung zitiert, die in der Grundabtretung eine Enteignung sieht. Es ist jedoch m.E. falsch, Westhoffs Veröffentlichungen heute noch eine überragende Bedeutung beizumessen. Unbestreitbar vertrat Westhoff zwar die enteignungsrechtliche Theorie. Er begründete sie aber nur verhältnismäßig kurz und mit Argumenten, die heute auch Vertreter der enteignungsrechtlichen Theorie nicht mehr benutzen. Insgesamt sah Westhoff die Frage nach der Rechtsnatur der Grund-

---

1) Vgl. Kommissionsbericht des Abgeordnetenhauses, bei Hahn S.257. Es heißt dort allerdings, wie auch Klostermann aaO bemerkt, diese Unterscheidung sei im ABG bewußt nicht durchgeführt worden. Die Stelle bei Hahn wird unten, S. 184 , im vollen Wortlaut wiedergegeben.

2) Vgl. u., S. 117 ff.

3) In ZfB 46, S. 43 ff und S. 223 ff sowie in Bergbau und Grundbesitz II, S. 16 ff, insbes. S. 78 ff; da Westhoffs Ausführungen, soweit sie das vorliegende Thema betreffen, in beiden Veröffentlichungen - zum großen Teil wörtlich - übereinstimmen, wird hier im Folgenden nur nach der Veröffentlichung in der ZfB zitiert.

abtretung auch wohl nicht als sehr schwierig an oder vielleicht auch als nicht besonders wichtig. Es scheint so, als sei ihm die Antwort ziemlich selbstverständlich vorgekommen. Das deutet sich schon im Titel seiner Ausführungen über "grundlegende Fragen des bergbaulichen Enteignungsrechts" an. Bevor er auf die Frage nach der Rechtsnatur der Grundabtretung eingeht, prüft er, ob Enteignung allgemein ein "Zwangskauf" sei oder ein "rein einseitiger Staatsakt"; diese Frage war zur Zeit der Westhoffschen Veröffentlichungen 1905 und 1906 noch sehr streitig, wie ja auch das ALR Fälle der Enteignung in §§ 4 ff I, 11 noch als Zwangskauf konstruierte. Ausführungen über diese Frage können noch keinen Beweis, ja nicht einmal ein Argument dafür enthalten, daß auch die bergrechtliche Grundabtretung eine Enteignung sei. - Erst nachdem Westhoff sich zu der Meinung bekannt hat, Enteignung sei allgemein Zwangskauf, untersucht er die bergrechtliche Grundabtretung auf ihre Rechtsnatur[1]. Fast voreingenommen wirkt es, wenn er bei dieser Prüfung von der Fragestellung ausgeht, ob sich aus dem ABG etwas ergebe, was gegen die Rechtsnatur der Grundabtretung als eines Zwangskaufes spreche[2]. Dabei lehnt er dann zunächst die damals verschiedentlich vertretene Meinung ab, das entstehende Benutzungsrecht sei Pachtverhältnis[3] oder Mietverhältnis[4]. Die Begründung dafür interessiert hier nicht. Bemerkenswert ist jedoch, daß Westhoff keine Enteignung hätte annehmen können, wenn er zur Annahme eines Miet- oder Pachtverhältnisses gekommen wäre, denn das damalige Recht kannte, wie Westhoff selbst sagt[5], weder Zwangsmiete noch Zwangspacht.

---

1) aaO S. 50 ff.
2) aaO S. 50
3) so z.B. noch RG ZfB 28, 398 ff v. 29.1.87
4) aaO S. 51-53
5) aaO S. 51.

Positiv nimmt er dann an, daß das Benutzungsrecht eine Grunddienstbarkeit im Sinne von § 1018 BGB sei[1]; über eine solche aber könne man einen Kaufvertrag abschließen und sich auch durch Kaufvertrag verpflichten, eine solche zu begründen; folglich könne auch ein "Zwangskauf" diesen Inhalt haben[2]. Mehr enthält Westhoffs Argumentation nicht. Er brauchte nicht tiefer zu dringen, da er ja davon ausging, die Grundabtretung sei "Zwangskauf", wenn sich aus dem ABG nichts Gegenteiliges ergebe. Also brauchte er nur darzulegen, daß die Grundabtretung sich ohne Widerspruch zum ABG auch als Zwangskauf konstruieren lasse.

Die Feststellung, ob sich die Grundabtretung auch anders einordnen läßt, hat er sich selbst abgeschnitten. Überraschend wirkt, daß Westhoff nicht den heute für Anhänger der Enteignungstheorie selbstverständlichen Schluß zieht und verlangt, daß die Grundabtretung im Einzelfall dem öffentlichen Interesse dienen muß. Nach Westhoff bleibt es vielmehr bei der Regelung des § 136 Abs.1 ABG, wo nur negativ bestimmt ist, daß nicht überwiegende Gründe des öffentlichen Interesses der Grundabtretung entgegenstehen dürfen[3].

Die Ansicht, die Grundabtretung sei Zwangskauf, vertritt auch B r a s s e r t [4].

Wesentlich "moderner" als diese Argumentation wirkt schon die Fragestellung, ob die bergrechtliche Grundabtretung im öffentlichen Interesse erfolge. Diese Frage geht jedenfalls schon ausdrücklich[5] oder zumindest stillschweigend[6] von dem bereits oben[7] erwähnten Ent-

---

1) aaO S. 53-55
2) aaO S. 55/56
3) aaO S. 45, 71 f
4) § 144 Anm. 4
5) so Voelkel, ZfB 51, S.56
6) so etwa Gottschalk, Glückauf 1912, S.519 ff.
7) vgl. S.12, Fußn.2

eignungsbegriff Dernburgs aus und hat sich von der Theorie des Zwangskaufs gelöst. Die Frage, ob die Grundabtretung im öffentlichen Interesse erfolge, ist dann mit der Frage, ob Enteignung vorliegt, fast identisch, denn das öffentliche Interesse ist Merkmal des Enteignungsbegriffs Dernburgs, und die übrigen Merkmale werden als selbstverständlich vorliegend erachtet. Andererseits ist das öffentliche Interesse nach heutiger Auffassung nicht Begriffsmerkmal der Enteignung. Eine in diesem Zusammenhang geäußerte Meinung, die Grundabtretung erfolge im öffentlichen Interesse, ist daher zwar für die damalige Zeit gleichzusetzen mit der Ansicht, die Grundabtretung sei Enteignung. Bei Beachtung dieser Einschränkungen kann man die Äußerungen von Planck[1], Gottschalk[2] und Brassert-Gottschalk[3] aber heute nicht mehr vorbehaltlos für die enteignungsrechtliche Auffassung von der Grundabtretung anführen, - allerdings erst recht nicht für die Gegenmeinung. - Zu erwähnen ist di uneinheitliche Ansicht Arndts: Dieser spricht 1909 in der 6. Auflage seines Kommentars[4] noch davon, die Grundabtretung sei Zwangskauf. Ein Jahr später heißt es in einer Abhandlung[5], der "Enteignungsbeschluß" - gemeint ist der Grundabtretungsbeschluß - stelle keinen Zwangskauf dar.

Bezüglich des Schrifttums aus der Zeit vor Inkrafttreten der WRV ist daher, soweit es die enteignungsrechtliche Auffassung von der Grundabtretung vertritt[6],

---

1) Anm. 4 zu Art. 109 EGBGB

2) Glückauf 1912, S. 519 ff.

3) Vorbem. vor § 135, S. 487

4) Vorbem. vor § 135

5) vgl. ZfB 55, S. 490 ff (494).

6) Außer den Zitierten ist noch der Kommentar von Schlüter-Hense zu erwähnen, der die Frage der Rechtsnatur der Grundabtretung noch weniger berührt als

zusammenfassend nur festzustellen, daß es kaum heute noch beachtliche Gesichtspunkte enthält, da es sowohl von einer überholten Fragestellung als auch von einem veralteten Enteignungsbegriff ausgeht.

Diesen Ansichten ist schon im Jahre 1910 V o e l k e l [1] mit ausführlichen Erörterungen entgegengetreten. Er bringt bereits damals eine Fülle von privat- und öffentlich-rechtlichen, von materiell- und verfahrensrechtlichen Argumenten. Es sind zum Teil dieselben Argumente, auf die sich auch heute noch eine privatrechtliche Auffassung von der Grundabtretung stützen muß.

Voelkel geht von Dernburgs Enteignungsbegriff aus (Enteignung von Vermögensrechten durch staatlichen Verwaltungsakt im öffentlichen Interesse gegen Entschädigung)[2]. Das führt ihn zunächst zu der - heute nicht mehr zu billigenden - Begründung, die Grundabtretung sei keine Enteignung, weil nach der Regelung der §§ 135 ff das öffentliche Interesse nicht positiv verlangt werde, sondern im allgemeinen genüge, daß nicht negativ ein überwiegendes öffentliches Interesse entgegenstehe[3]. Wichtiger ist die Bemerkung[4], das Grundabtretungsrecht bestehe auch, wenn der Betrieb des Bergwerks für das öffentliche Interesse gleichgültig sei, ja sogar dann, wenn der Betrieb allgemeinen wirtschaftlichen Interessen widerspreche. Als Beispiel hierfür weist Voelkel auf die damalige Lage des Kali-

---

Gottschalk und Planck. Er spricht zwar stets von "Enteignung", das besagt aber gar nichts, da dies ja auch z.B. Voelkel, ZfB 51, S. 45/46, tut, obwohl er ein erklärter Gegner der Enteignungstheorie ist.

1) in ZfB 51, 45, 45 ff und 391 ff

2) S.113

3) S.60

4) S.62

bergbaus hin. Kalibergwerke waren damals derart zahlreich vorhanden, daß das öffentliche Interesse die Grundabtretung zur Errichtung oder Erweiterung von Kalibergwerken hätte verhindern müssen[1], wenn es bei einer Grundabtretung zugunsten des Kalibergbaus geprüft worden wäre. Hier zeigt sich erstmals die auch heute noch aktuelle praktische Bedeutung der Frage nach der Rechtsnatur der Grundabtretung[2]. Voelkel meint ferner, wenn es überhaupt im Verhältnis Bergbau - Grundeigentum zu einer Enteignung kommen könne, dann sei diese im Akt der Verleihung des Bergwerkseigentums zu sehen[3]. Das Grundabtretungsrecht sei nicht geschaffen, weil die Ausstattung des Bergwerkseigentums mit Enteignungsrecht im öffentlichen Interesse geboten sei, sondern, weil Bergwerkseigentum ohne Grundabtretung gar nicht möglich sei. Ein verständiges Gesetz schaffe nicht Rechte, ohne zugleich die Möglichkeit zu ihrer Ausübung zu gewähren[4]. Bemerkenswert ist auch der von Voelkel vorgenommene Vergleich der Grundabtretung mit den Instituten des ALR[5]: Es vergleicht die Grundabtretung mit der "notwendigen Servitut" der §§ 3 ff I 22 ALR. Bei dieser handele es sich auch nicht um Enteignung. Zwar stehe auch bei ihr ein öffentliches Interesse im Hintergrund; es gehöre aber auch zu den Aufgaben des Staates, dafür zu sorgen, daß Eigentum wirtschaftlich benutzt werden könne. Mit "Aufopferung von Privatrechten zum Besten des gemeinen Wesens" habe das nichts zu tun. Das ist eine neue, von den Gegnern der Ansicht Voelkels weder heute noch damals richtig verstandene Gegenüberstellung: neben der "Aufopferung von Privatrechten zum Besten des gemeinen Wesens", also der Enteignung, gibt

---

1) S.62/63
2) vgl. dazu oben, S.7 ff.
3) S.61
4) S.62
5) S.72

es die "Kollision zweier Privatrechte"[1], die das Gesetz so regeln muß, das eine wirtschaftliche Nutzung erzielt wird. Wenn dann die Kollisionsregelung so ausfällt, daß einseitige oder gegenseitige Einwirkungsrechte gegeben werden, so hat das mit Enteignung nichts zu tun. Das ist auch die wesentliche These der vorliegenden Untersuchung.

Wenig ergiebig sind die Äußerungen von Müller-Erzbach[2] und Klostermann-Thielmann[3], die im allgemeinen für die privatrechtliche Auffassung von der Rechtsnatur der Grundabtretung zitiert werden[4]. M ü l l e r - E r z b a c h sagt[5] nur, die "bergbauliche Enteignung" unterscheide sich von der "allgemeinen Enteignung" dadurch, daß ein unmittelbares öffentliches Interesse für die Grundabtretung nicht zu fordern sei, hinter dieser stehe vielmehr nur ein mittelbares öffentliches Interesse an der Förderung des Bergbaus. Auch K l o s t e r m a n n - T h i e l m a n n [6] ziehen allein aus der Tatsache, daß bei der Grundabtretung kein öffentliches Interesse erforderlich sei, den Schluß, daß sie sich von der "Enteignung aus Gründen des öffentliches Wohls" wesentlich unterscheide.

Die ältere R e c h t s p r e c h u n g neigt ganz überwiegend zu der Meinung, daß die Grundabtretung keine Enteignung sei. Die Fragestellung der Entscheidungen ist allerdings wieder so, daß ihnen heute brauchbare Äußerungen kaum entnommen werden können: In einem Beschluß des Kammergerichts aus dem Jahre 1904[7] ging

---

1) so wörtlich schon Voelkel, S. 72
2) S. 307/308
3) Vorbem. vor § 135, S. 363 f
4) so etwa von Weiß, S. 25
5) aaO
6) aaO
7) vgl. ZfB 46, S. 113 ff

es um die Frage, ob bei Auflassung und Eintragung aufgrund eines Grundabtretungsbeschlusses bestimmte Gebühren und Steuern fällig werden. Im Zusammenhang mit dieser Fragestellung kam es darauf an, ob die freiwillige Auflassung nach Erlaß eines Grundabtretungsbeschlusses eine "freiwillige Veräußerung" im Sinne einer bestimmten Gebührenvorschrift sei. Das verneint das Kammergericht. Außerdem ging es hier um eine Gebührenvorschrift, die an das Merkmal "Gründe des öffentlichen Wohles" anknüpfte. Dazu sagt das Kammergericht[1], die Grundabtretung fördere nicht das öffentliche Wohl, sie trage vielmehr den Privatinteressen der Bergwerksbesitzer Rechnung. Kennzeichnend ist, daß die Entscheidung zwischen Enteignungen unterscheidet, die "durch das öffentliche Wohl bedingt" sind, und solchen, bei denen das nicht der Fall ist[2]. Ähnlich unergiebige Fragestellungen behandeln zwei Entscheidungen des Kammergerichts aus den Jahren 1909 und 1914[3]. Es geht hier nämlich wieder um die in der älteren Literatur mehrfach erörterte Frage der Anwendbarkeit von Art. 109 EGBGB auf die Grundabtretung. Die eine Entscheidung[4] nimmt diese Anwendbarkeit ohne weiteres an, die andere[5] lehnt sie mit ausführlicher Begründung ab, weil die Grundabtretung keine im öffentlichen Interesse erfolgende Entziehung des Grundeigentums sei[6].

Beachtenswert sind allerdings Ausführungen, die das preußische Oberverwaltungsgericht im Jahre 1900 zu der vorliegenden Frage machte[7]. Wenn es zwar in der betreffenden Entscheidung auch um steuerrechtliche Fragen

---

1) aaO., S. 115
2) aaO., S. 114/115
3) vgl. ZfB 51, S. 173 ff und ZfB 55, S. 517 ff
4) ZfB 51, S. 173 ff
5) ZfB 55, S. 517 ff
6) aaO., S. 521/522
7) OVG E 37, S. 133 ff

ging, so führten diese doch zu der Frage der Rechtsnatur der Grundabtretung. Das OVG befaßt sich jedenfalls gründlich mit dieser Frage und führt aus[1]:

> "Der wesentliche Unterschied der privaten bergrechtlichen Enteignung von denjenigen, welche im Art.9[2] vorgesehen wurden, liegt darin, daß das Recht des Bergwerkseigentümers, die Abtretung ... zu verlangen, von vornherein begrifflich zum Inhalte des ihm verliehenen Bergbaurechts, des Bergwerkseigentums, gehört".

Das Bemerkenswerte an dieser Äußerung ist die darin ausgedrückte Erkenntnis, daß das Grundabtretungsrecht nicht zu einer Enteignung führen kann, wenn es Inhalt des Bergwerkseigentums ist. Das ist in späteren Äußerungen nur in einem Fall[3] klar herausgestellt worden, obwohl es doch zumindest einleuchtend ist, daß eine Enteignung dort nicht vorliegen kann, wo es um die Ausübung einer Befugnis geht, die Inhalt eines privaten Rechtes ist.

Insgesamt läßt sich aber von der gesamten älteren Literatur und Rechtsprechung zusammenfassend sagen, daß sie trotz vereinzelter beachtenswerter Äußerungen für heutige Erörterungen unergiebig sind. Das hat seine wesentlichen Ursachen darin, daß sie von überholten Fragestellungen und einem heute nicht mehr verwendeten Enteignungsbegriff ausgehen.

b) Stellungnahmen aus der Zeit zwischen Erlaß der WRV und Inkrafttreten des GG

Aus der Zeit zwischen dem Inkrafttreten der Weimarer

---

1) vgl. aaO., S. 139

2) Gemeint ist Art. 9 der preuß. Verfassungsurkunde von 1850, der bestimmt: "Das Eigentum ist unverletzlich. Es kann nur aus Gründen des öffentlichen Wohls gegen vorgängige ... Entschädigung nach Maßgabe des Gesetzes entzogen oder beschränkt werden."

3) Zydek in ZfB 101, S. 97 ff (100 f)

Reichsverfassung (WRV) und dem Erlaß des Grundgesetzes liegen nur wenige Äußerungen zur Frage der Rechtsnatur der Grundabtretung vor.[1)]

Dabei überrascht es, daß nur an einer Stelle, nämlich in der 9. Aufl. des Kommentars von A r n d t[2)], die Ansicht vertreten wird, die Grundabtretung sei Enteignung, jedenfalls wird dort kurz gesagt, die Grundabtretung falle zwar nicht unter das preußische Enteignungsgesetz von 1874, wohl aber unter Art. 153 WRV und sei öffentlich-rechtlichen Charakters.

In dem Kommentar von I s a y[3)] dagegen wird entschieden die privatrechtliche Auffassung vertreten. Es heißt dort, die Ähnlichkeiten zwischen Grundabtretung und Enteignung seien nur äußerlich. Dem Wesen nach seien beide völlig verschieden. Bei der Grundabtretung handle es sich nicht um den Widerstreit zweier Interessen im Einzelfall, sondern um den Widerstreit zweier Rechte, von denen "das stärkere den Anspruch auf Beseitigung d ihm entgegenstehenden schwächeren erzeuge". Dieser Anspruch sei in einem geordneten Rechtsverfahren durchzusetzen, die entscheidenden Behörden hätten nur die rechtliche Begründetheit des erhobenen Anspruchs zu prüfen, aber nicht zu fragen, auf welcher Seite das wertvollere Interesse sich befinde. Das öffentliche Interesse spiele bei der Grundabtretung nicht die Rolle eines im Einzelfall nachzuweisenden Tatbestandsmerkmals, sondern habe nur die Bedeutung einer gesetzgeberischen Erwägung. Die Grundabtretung sei daher "kein Unterfall der im öffentlichen Interesse erfolgenden Enteignung, sondern ein eigenartiges Institut des Bergrechts".

---

1) Von zwei bei Weiß, S. 29, Fußn. 26 u. 27 zitierten Dissertationen und von Äußerungen im außerbergrechtlichen Schrifttum abgesehen.

2) Vorbem. zu § 135, S. 145

3) § 135 Anm. A I, Bd. II, S. 7.

Es darf allerdings nicht übersehen werden, daß auch in diesen Äußerungen noch ein heute als überholt geltender Enteignungsbegriff anklingt, der das öffentliche Interesse zum Begriffsmerkmal der Enteignung macht.

Bemerkenswert ist an den Äußerungen im Isay'schen Kommentar in erster Linie die Hervorhebung dessen, daß die Behörde, die über die Grundabtretung zu entscheiden hat, "nur die rechtliche Begründetheit des erhobenen Anspruchs" zu prüfen hat, also auf eine Subsumtionstätigkeit ähnlich der des Richters beschränkt ist. B o l d t [1] folgt Isay in vollem Umfange. Bemerkenswert ist seine Formulierung, die Grundabtretung sei ein Obrigkeitsakt, durch den private Rechte und Pflichten festgestellt oder geschaffen werden. Das zeigt ebenfalls die Parallele zu gerichtlichen Entscheidungen, die auch im Rahmen der vorliegenden Untersuchung eine Rolle spielen wird.

Zu erwähnen ist noch ein Rekursbescheid des preußischen Handelsministers vom 9.5.1926[2], in dem ebenfalls die Ansicht geäußert wird, die Grundabtretung sei keine Enteignung[3]. Trotz äußerlicher Ähnlichkeit mit dem Enteignungsrecht sei das Recht des Bergwerksbesitzers nicht erst durch einen in die bestehende Rechtsordnung eingreifenden Verwaltungsakt geschaffen, sondern beruhe unmittelbar auf Gesetz. Bestehe aber bereits kraft Gesetzes ein das Eigentum eines anderen beschränkendes Recht, so liege keine Enteignung, sondern eine gesetzliche Eigentumsbeschränkung vor. Diese Ansicht hat das Ministerium in einem späteren Rekursbescheid bestätigt[4]. Angesichts einer solchen Begründung drängt sich allerdings sofort die Frage auf, warum

---

1) Vorbem. 2 und 3 vor § 135
2) vgl. ZfB 67, S. 277 ff
3) vgl. insbes. aaO., S. 282 f
4) vgl. ZfB 72, S. 646 ff (648).

es dann keine gesetzliche Eigentumsbeschränkung, sondern eine Enteignung ist, wenn sich etwa ein Eisenbahnunternehmen aufgrund enteignungsrechtlicher Vorschriften zu Betriebszwecken Gelände im Zwangswege zueignet. Warum ein materieller Unterschied zwischen Grundabtretung und Enteignung zugunsten Privater besteht, was also überhaupt unter einer "gesetzlichen Eigentumsbeschränkung" zu verstehen ist, bleibt in den genannten Bescheiden ungeklärt.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß vor Erlaß des GG eine absolut herrschende Meinung die Grundabtretung nicht als Enteignung ansah, vielmehr der Meinung war, es handle sich bei ihr um einen gesetzlich gerelten Interessenkonflikt zwischen Bergwerkseigentum und Grundeigentum, wobei die gesetzliche Regelung darin bestehe, dem Bergwerkseigentümer private Rechte auf Grundabtretung zu geben. Überzeugende Klarheit in Ergebnis oder Begründung ist mit dieser Ansicht aber auch nicht geschaffen worden. Es fehlt insbesondere eine tieferdringende dogmatische Begründung.

c) Die heutigen Ansichten

Es ist erstaunlich, wie radikal sich die Meinungen seit Erlaß des GG geändert haben: Von zehn ausführlicheren Stellungnahmen sprechen sich neun für die enteignungsrechtliche Ansicht aus, nur H.W. Schulte[1] vertritt noch die privatrechtliche Theorie von der Rechtsnatur der Grundabtretung.

Die Verweisung auf den Rekursbescheid in ZfB 72, 647 - wo die privatrechtliche Ansicht vertreten wird - bei Wolff - Raiser[2] kann kaum als Stellungnahme gewertet werden. Auch die gelegentlich zitierten Äußerungen von Krautschneider[3] und Willecke[4] beste-

---

1) aaO.

2) § 97 III, 3, Fußn. 27, S.395

3) Glückauf 1957, S. 140 ff.

4) S. 78.

hen nur in der fast wörtlichen Wiedergabe zweier Sätze aus diesem Rekursbescheid; das ist allerdings insofern eine Stellungnahme, als sich aus dem Zusammenhang ergibt, daß diese Autoren die zitierten Sätze für richtig halten. Die Ansicht von I s a y [1] braucht hier nicht erneut besprochen zu werden, da sie auf den älteren Äußerungen in dem Kommentar von Isay beruht, von denen schon die Rede war. Neu ist allerdings die Äußerung Isays, mit Neufassung des § 136 Abs.2 ABG sei der alte Streit über die Rechtsnatur der Grundabtretung in ein neues Stadium getreten. Daraus werden jedoch keine Folgerungen gezogen. Keine neuen Äußerungen bringt auch B o l d t in Staat und Bergbau[2]. Es handelt sich um die Wiederholung der betreffenden Ausführungen im Boldtschen Kommentar, die bereits oben besprochen wurden. Boldt geht nicht auf das inzwischen in Kraft getretene Grundgesetz ein.

H.W. S c h u l t e geht[3] davon aus, daß es sich bei den Befugnissen des Bergwerkseigentümers aus §§ 64, 135 ff ABG um eine inhaltliche Ausgestaltung des Bergwerkseigentums handle und ebenso um eine Ausgestaltung des Grundeigentums. Diese Festlegung von Inhalt und Schranken des Bergwerkseigentums und des Grundeigentums sei keine Enteignung, sondern eine Eigentumsbindung[4]. Das ergebe sich auch, wenn man die gesetzliche Regelung an der Theorie des BGH zur Abgrenzung von Enteignung und Sozialbindung, der sog. Sonderopfertheorie[5], messe. Denn die geltenden bergrechtlichen Sondernormen über das Eingriffsrecht des Bergbaus erlege allen Grundeigentümern einheitlich zusätzliche Pflichten auf[6], Bergbau sei ohne Eingriffsrechte nicht durchzuführen. Wenn die Rechtsordnung ihn gestatte, seien nachteilige Handlungen, die von ihm ausgehen, kein Unrecht. Damit brächten die von Eingriffen des Bergbaus betroffenen Grundeigentümer kein Sonderopfer[7].

---

1) Der Geist des heutigen deutschen Bergrechts, S.19/20

2) S. 44/45

3) S. 31/32

4) S. 32

5) Grundlegend BGHZ 6, 270 ff

Damit hat H.W. Schulte den Gegnern seiner Ansicht die Kritik zu leicht gemacht: Einmal hat es den Anschein, als prüfe er nur, ob die Schaffung der §§ 64, 135 ff ABG eine Enteignung sei, ob also eine Enteignung durch Gesetz vorliege. Mit der Erörterung dieser Frage kann man aber keine Antwort finden auf die Frage, ob eine durch den Grundabtretungsbeschluß erzwungene Abtretung eine Enteignung ist. Vor allem aber befremdet es, daß H.W. Schulte die Lösung des Problems mit der Sonderopfertheorie des BGH zu finden sucht, daß er also meint, es gehe hier um die Abgrenzung zwischen Enteignung und Sozialbindung. Bei der Problematik dieser Frage geht es aber immer um die Beurteilung hoheitlicher Eingriffe, während die Fragestellung bei der Grundabtretung jedoch - auch nach H.W. Schulte - die ist, ob nicht eine privatrechtliche Befugnis vorliegt. Hier drängt sich jedenfalls die Vermutung auf, daß zwei verschiedene Fragen miteinander verwechselt werden. Das wird im Laufe der vorliegenden Arbeit noch im Einzelnen dargelegt werden[1]. Hier genügt vorerst folgendes: Wenn es wirklich darauf ankommen sollte, ob dem Grundeigentümer durch eine erzwungene Grundabtretung ein Sonderopfer auferlegt wird, dann müßte man dem Ergebnis H.W. Schultes tatsächlich stärkste Bedenken entgegenbringen: Die Lage eines Grundstücks über abbauwürdigen Mineralvorkommen ist zwar naturgegeben. Trotzdem ist dieses Merkmal nicht geeignet, eine Ungleichheit gegenüber Grundstücken herzustellen, die nicht in dieser Lage sind. Denn diese Situation mindert Wert und Verwendungsfähigkeit der Grundstücke - ohne Hinzutreten besonderer gesetzlicher Regelungen - nicht. Insofern bedeutet der Bergbau für den Grundbesitz einen von außen kommenden

---

6) S. 33

7) S. 34

1) vgl. u., S. 87 ff.

zufälligen ("akzidentellen") Umstand. Wenn an diesen Umstand trotzdem unterschiedliche (Rechts-) Folgen geknüpft werden, so ist das eine ungleiche Behandlung im Sinne der Sonderopfertheorie, also eine Enteignung[1]. Im übrigen würde auch nach anderen Theorien zur Abgrenzung von Enteignung und Sozialbindung hier eine Enteignung vorliegen. Ganz zweifelsfrei wäre das nach der des Bundesverwaltungsgerichts[2] der Fall: Selbst die Grundabtretung zur Benutzung stellt eine derart schwere Beeinträchtigung des Grundeigentums dar, daß man, wenn die Schwere des Eingriffs das entscheidende Merkmal ist, nur von Enteignung sprechen könnte.

Bei dieser Sachlage überrascht es vielleicht nicht, daß die überwiegende Mehrzahl von Autoren heute die enteignungsrechtliche Auffassung von der Grundabtretung vertritt:

H u b e r [3] behandelt, wenn man vom Aufbau seines "Wirtschaftsverwaltungsrechtes" ausgeht, die Grundabtretung als Enteignung, da er sie im Zusammenhang mit der Enteignung nach dem Bundesbahngesetz und anderen Landes- und Bundesenteignungsgesetzen unter der Überschrift "Allgemeines Enteignungsrecht"[4] erörtert. Auch spricht er[5] von "bergrechtlicher Enteignung". Daraus läßt sich wohl nur der Schluß ziehen, daß Huber die Grundabtretung als Enteignung auffaßt. Dafür spricht auch, daß er schon vorher[6] alle Eigentumsentziehungen, die

---

1) Die Begründung H.W. Schultes erscheint auch wegen folgender Überlegung als zweifelhaft: Wenn die Grundabtretung, wie H.W. Schulte meint, unter die Sozialbindung fällt, könnte der Gesetzgeber, wenn er wollte, sie auch entschädigungslos zulassen. Das erscheint schon vom Ergebnis her als nicht vertretbar. H.W. Schultes Argumentation dürfte eher eine Schwäche der Sonderopfertheorie aufdecken als einen Beweis für die privatrechtliche Natur der Grundabtretung schaffen.

2) vgl. zuletzt NJW 1962, S. 2171 ff m.w.N.

3) II, S. 65 f

4) S. 61

5) vgl. S. 65

6) § 69, S. 15 ff

er nicht als Enteignung ansieht, ausführlich abgehandelt. Um so mehr überrascht es, wenn es bei Huber weiter[1] heißt, die bergrechtliche Enteignung unterscheide sich von der allgemeinen Enteignung nicht nur durch die verfahrensrechtlichen Besonderheiten, sondern habe auch einen "spezifischen institutionellen Sinn". Die Grundabtretung diene dem Ausgleich einer Kollision zwischen zwei absoluten Rechten. Das Bergwerkseigentum umfasse auch das Recht, über Tage die erforderlichen Maßnahmen zu treffen und die nötigen Anlagen zu errichten. Der ausgeübte Abtretungszwang sei "im Grunde nur eine Konkretisierung der im Bergwerkseigentum enthaltenen Befugnisse".

Diese Ausführungen sind unbefriedigend, weil doch zumindest ein Widerspruch darin besteht, daß einerseits das Recht auf Grundabtretung als Inhalt des Bergwerkseigentums angesehen wird, die zwangsweise Durchsetzung dieses Rechts jedoch als Enteignung.

Dieser Widerspruch und die Tatsache, daß er nicht bemerkt - geschweige denn erörtert - wird, ist typisch für die heutigen Ansichten über die Rechtsnatur der Grundabtretung, soweit sie die enteignungsrechtliche Auffassung vertreten.

So heißt es bei G i e s e k e [2] einerseits, auch die Zugehörigkeit eines Grundstücks zu einem Bergbaugebiet beeinflusse den Inhalt des daran bestehenden Eigentums. Aus der gegenseitigen Bedingtheit der Benutzungsarten ergäben sich Kollisionen. Andererseits aber meint Gieseke[3], nicht alles, was das Grundeigentum zugunsten des Bergbaus dulden müsse, sei Inhalt des Grundeigentums. Dessen Entziehung sei auch dann, wenn sie bergrechtliche Grundabtretung sei, Enteignung.

---

1) S.66

2) Festschrift für Isay, S. 43

3) aaO.

Ganz deutlich tritt der erwähnte Widerspruch bei M i e s b a c h - E n g e l h a r d t [1] hervor: Dort heißt es einmal[2], das Berggesetz behandle das Recht des Bergwerkseigentümers auf Überlassung fremder Grundstücke zur Benutzung als ein dem Bergwerkseigentum innewohnendes privates Recht gegenüber dem Grundbesitzer, dessen Durchsetzung allerdings nicht auf dem üblichen Weg vor den ordentlichen Gerichten erfolge, sondern in einem besonderen Verwaltungsverfahren. Die Ansicht, die in der Grundabtretung eine bloße Inhaltsbeschränkung des Grundeigentums sieht, sei schon deshalb falsch, weil seit der Neufassung des § 136 Abs.2 ABG durch Gesetz vom 24.9.1937 auch der Bergwerkseigentümer Abtretungen zu Eigentum verlangen könne. Hier liege "ohne weiteres ein Enteignungsfall vor"[3], aber auch in den anderen Fällen der Grundabtretung sei Enteignung gegeben. Eine weitere Begründung oder Erörterung findet sich bei Miesbach-Engelhardt nicht, sondern nur ein Überblick über Entwicklung und Problematik des Enteignungsbegriffs. Die Frage, wie denn das Änderungsgesetz vom 24.9.1937 oder Art. 131 WRV oder Art. 14 Abs. 3 GG etwas daran haben ändern können, daß das Recht auf Grundabtretung vom ABG als Inhalt des Bergwerkseigentums konstruiert worden ist, wird nicht gestellt.

Wesentlich vorsichtiger sind die Ausführungen bei E b e l - W e l l e r [4]. Hier heißt es nur, es liege nahe, die Grundabtretung als Enteignung anzusehen. Zwar stellten noch nicht die Existenz der §§ 64, 135 ABG einen Eingriff dar. Aber der Grundabtretungsbeschluß greife in bestehende Privatrechte ein. Die Zwangsgrundabtretung müsse daher "wohl" als Enteignung bezeichnet

---

1) Anm. VI zu § 135 ABG, S. 347 f
2) S. 347
3) S. 348
4) Vorbem. vor § 135 Anm.2, S. 247

werden, denn sie erlege dem betroffenen Grundeigentümer ein Sonderopfer auf. Dazu wird auf Ausführungen von Kremer[1] verwiesen. Wie zweifelhaft es aber gerade ist, das Problem der Rechtsnatur der Grundabtretung zu einer Abgrenzungsfrage zwischen Enteignung und Sozialpflichtigkeit zu machen, ist bereits oben[2] bei Erörterung der Meinung von H.W. Schulte dargelegt worden.

Diese Verschiebung des Problems findet sich auch in einigen Dissertationen, die sich mit der Rechtsnatur der Grundabtretung befassen. Auch diese sehen die Alternative Enteignung - privatrechtliche Befugnis nicht, sondern meinen, es geht um die Unterscheidung zwischen Enteignung und Eigentumsbindung. So geht P. H e i n e m a n n [3] einfach in der Weise vor, daß er Entwicklung und heutigen Stand des Enteignungsbegriffs schildert, wo es also im wesentlichen um die Abgrenzung der Enteignung von Eigentumsbindungen, die beide hoheitliche, also nicht privatrechtliche Eingriffe sind, geht, und dann sofort anschließend prüft, was die Anwendung dieser Abgrenzungstheorien auf die Grundabtretung ergibt. Das Ergebnis überrascht dann nicht. Von dem geschilderten Ausgangspunkt kommend, ist es nur folgerichtig, Enteignung anzunehmen[4].

Dasselbe gilt von den Ausführungen K r e m e r s [5]. Ein Eingehen auf die Gegenansicht - die allerdings mißverstanden wird - findet sich erst wieder bei W e i ß . Dort heißt es zunächst[6], die Grundabtretung sei wie die Eingriffe nach dem Nachbarrecht, etwa das Notwegrecht, nachbarliche Kollisionsregelung, die es in das

---

1) ZfB 99, S. 409 ff

2) vgl. S.27 ff

3) ZfB 103, S. 306 ff; dieser Abhandlung liegt Heinemanns Dissertation zugrunde.

4) vgl. auch o., S.27

5) ZfB 99, S. 412 ff

6) S. 32

Eigentums- und Enteignungssystem des Grundgesetzes einzubauen gelte. Das Grundgesetz kenne nur "die inhaltliche Ausgestaltung des Eigentums (Eigentumsbindung) und die Enteignung mit den verschiedenen Abarten von Eigentumsbindung und Enteignung". Jede verfassungskonforme Gesetzesbestimmung, die das Eigentum berührt, müsse daher Enteignung oder Eigentumsbindung sein, eine dritte Möglichkeit gebe es nicht[1]. Damit wird die Erörterung wieder auf das falsche Gleis geschoben, wie sich später[2] zeigt, wenn gesagt wird, daß aus diesem Grunde kein Unterschied zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Beeinträchtigungen gemacht werden könne. Das ist im vorliegenden Zusammenhang aber zumindest voreilig: Wie die Ausübung eines privaten Rechts eine Enteignung, also Ausübung einer hoheitlichen Befugnis sein kann, hätte zuvor einer Begründung bedurft.

Die Lehre, die man aus allen diesen Äußerungen ziehen muß, ist danach weniger darin zu sehen, daß sich eine absolut herrschende Meinung gebildet hat, die die Grundabtretung als Enteignung ansieht, als vielmehr darin, daß der Ausgangspunkt dieser Äußerungen überprüft werden muß. Diese Meinungen interessieren viel weniger von ihrem Ergebnis als von ihrer Fragestellung her. Diese Fragestellung muß untersucht werden, wenn man zu gesicherten Ergebnissen kommen will.

Klarheit in der Fragestellung findet sich - soweit ersichtlich - bislang nur in zwei Äußerungen: Zunächst in einer Entscheidung des B u n d e s v e r w a l t u n g s g e r i c h t s vom 7.11.1959[3], wo es heißt[4], es gehe darum, ob der Anspruch auf Grundabtretung nur die zivilrechtlichen Beziehungen zwischen dem Bergwerks-

---

1) S. 33
2) S. 48
3) ZfB 101, S. 89 ff
4) aaO S. 92

eigentümer und den Grundeigentümern zum Gegenstande habe oder ob es sich um eine Enteignung handle. Für die erste Auffassung spreche, daß der Grundabtretungsanspruch "wohl" als Inhalt des Bergwerkseigentums konstruiert sei. Für die enteignungsrechtliche Auffassung dagegen sprächen vier Gründe: Erstens die Tatsache, daß der Bergwerkseigentümer neben dem wesentlichen Inhalt seines Rechtes, nämlich dem Aneignungsrecht bzgl. der verliehenen Mineralien, auch noch die Befugnis erhalte, über diese Inhaltsbestimmung hinaus Grundstücke zu benutzen, sogar über die Grenzen seines Feldes hinaus; zweitens der Wortlaut von § 54 Nr. 2 pr. Enteignungsgesetz von 1874, wo die Grundabtretung durch den Gebrauch derselben Worte gekennzeichnet wird, mit denen in § 1 des Gesetzes die Enteignung definiert wird; drittens der Wortlaut von § 7 des pr. Gesetzes über ein vereinfachtes Enteignungsverfahren von 1922, der dieses Verfahren mit einigen Änderungen als für die Grundabtretung anwendbar erklärt; viertens die Tatsache, daß der Grundabtretungsanspruch nicht vor den Zivilgerichten, sondern im Verwaltungsverfahren geltend gemacht wird. Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet sich zwar für keine der beiden Meinungen, äußert aber[1], es "liege nach heutiger Auffassung nahe, die Grundabtretungsregelung als Enteignung anzusehen".

Die bedeutendsten Ausführungen zur Frage der Rechtsnatur der Grundabtretung hat m.E. Z y d e k [2] in einer Besprechung des soeben erwähnten Urteils des Bundesverwaltungsgerichts gemacht. Er weist darauf hin, daß es Personen gibt, denen ein Grundabtretungsanspruch zusteht, ohne daß sie Bergwerkseigentümer sind und ohne daß dieser Anspruch noch irgendwie aus dem Bergwerkseigentum abgeleitet werden kann, nämlich im Rahmen des echten Staatsvorbehalts. Auch bei Pächtern sei Krite-

---

1) S. 93

2) ZfB 101, S. 97 ff (100 f).

rium für § 135 ABG nicht das Bergwerkseigentum, sondern das Betreiben eines Bergwerks. Der Grundabtretungsanspruch sei also vom Bergwerkseigentum unabhängig. Ganz ohne zu prüfen, ob diese Meinung richtig ist, muß man schon zugeben, daß sie von den enteignungsrechtlichen die einzig folgerichtige ist: Sie verwickelt sich nicht in den Widerspruch, das Grundabtretungsrecht einerseits als Enteignung aufzufassen, andererseits aber als Inhalt des Bergwerkseigentums.

7. Bedenken gegen die Einordnung der Grundabtretung als Enteignung

Die Bedenken gegen Ergebnis und Argumentation der Vertreter der Enteignungstheorie liegen - wie teilweise schon angedeutet - in folgendem:

N i c h t j e d e h o h e i t l i c h e E i g e n t u m s e n t z i e h u n g i s t E n t e i g n u n g .

Niemand wird behaupten, daß ein Gerichtsurteil, das zur Auflassung oder zur Übergabe eines Grundstücks verurteilt, oder daß eine vom Gerichtsvollzieher erzwungene Übereignung eine Enteignung im Sinne von Art. 14 GG sein könnten. Zwar sind Gerichtsurteile und Zwangsvollstreckungen Hoheitsakte. Aber sie haben nur streitentscheidende Funktion: Das Urteil entscheidet über Bestehen oder Nichtbestehen eines privatrechtlichen Anspruchs und hat gem. § 894 ZPO evtl. Vollstreckungswirkung; der Akt des Gerichtsvollziehers bringt die Rechtslage zwischen zwei Parteien in die vom Urteil als richtig festgestellte Ordnung.

In der Rechtsprechung ist zwar bislang nicht generell entschieden worden, ob gerichtliche Entscheidungen einen enteignenden Eingriff darstellen können. Diese Frage jedoch in einer Reihe von Einzelfällen [illegible] los verneint: Die schuldlos rechtswidrige Eröffnung eines Konkursverfahrens kann kein enteignungsgleicher Eingriff gegenüber dem Gemeinschuldner sein.

Konkursverfahren dient der Befriedigung von Individualansprüchen der Gläubiger."[1] Die Zuweisung einer landwirtschaftlichen Besitzung nach Art. VI Nr. 17 der Brit. MilRegVO Nr. 84, die Zuweisung von Hausrat nach der "HausratsVO"[2] und der Zuschlag im Verfahren der Teilungszwangsversteigerung nach §§ 180 ff ZVG können keine Enteignung sein[3]. Wenn bei einer Zwangsvollstreckung unrechtmäßig in das Eigentum eines Dritten eingegriffen wird, kann diesem gegenüber kein enteignungsgleicher Eingriff vorliegen[4]. Der Dritte ist vielmehr auf Bereicherungsansprüche gegen den Vollstreckungsgläubiger und evtl. auf Ansprüche aus Amtspflichtverletzung angewiesen.

Bei diesen Beispielen aus der Rechtsprechung des BGH geht es zwar z.T. nicht um Enteignung, sondern um enteignungsgleiche Eingriffe. Trotzdem haben diese Beispiele Beweiskraft für die Behauptung, gerichtliche Entscheidungen könnten keine Enteignung sein: Enteignung und enteignungsgleicher Eingriff unterscheiden sich nur dadurch, daß der enteignungsgleiche Eingriff rechtswidrig ist. Rechtswidrige Eingriffe von hoher Hand in die Rechtsgüter des Einzelnen sind dann als enteignungsgleicher Eingriff anzusehen, wenn sie für den Fall ihrer gesetzlichen Zulässigkeit nach Wirkung und Inhalt eine Enteignung aussprechen würden[5]. Indem also der BGH verneint, daß in den geschilderten Fällen enteignungsgleiche Eingriffe vorliegen, sagt er damit gleichzeitig, daß auch im Falle rechtmäßiger Vollstrekkung gegen Dritte, auch bei rechtmäßiger Konkurseröffnung keine Enteignungen vorliegen können.

Woraus erklärt es sich aber, daß in derartigen Fällen keine Enteignung vorliegt?

---

1) vgl. BGH NJW 1959, 1085
2) sechste DVO zum Ehegesetz v. 21.10.44
3) vgl. BGH LM Nr. 6 zu Art. 14 GG
4) BGHZ 32, 240
5) vgl. BGHZ 6, 270 (289); 30, 123.

Der BGH[1] gibt die Begründung, es liege kein Sonderopfer zugunsten der Allgemeinheit vor. Das ist wohl unbestreitbar richtig, denn es soll in diesen Fällen nicht das Gemeinwohl gefördert werden, sondern allein das Gläubigerinteresse eines Einzelnen. Wenn man sich aber nicht auf das immerhin recht umstrittene[2] Enteignungsmerkmal des "Sonderopfers" festlegen will, läßt sich zur Begründung auch folgendes sagen: Es handelt sich um Fälle, in denen der Staat Gerichte und Vollstreckungsorgane zur Verfügung stellt, damit ein Gläubiger seine Ansprüche realisieren kann. Die Durchsetzung des Rechtes, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen, kann nicht dadurch zur Enteignung werden, daß die Hilfe des Staates in Anspruch genommen wird. Es kann nicht darauf ankommen, wie sich ein Recht formell verwirklicht, sondern allein darauf, was dieses Recht materiell ist; anders gesagt: Wenn ein Recht einmal ein privates Recht ist, dann kann seine Ausübung keine Enteignung sein, ganz gleich, wie Ausübung und Durchsetzung vom Gesetz gestaltet sind.

Wenn man nun zunächst einmal unterstellt und hinnimmt, daß der Staat nicht nur Gerichte und Vollstreckungsorgane zur Durchsetzung von Rechten zur Verfügung stellt, sondern auch Verwaltungsbehörden, so liegt folgender Schluß nahe: Auch bei einem Eingriff in Eigentum durch Verwaltungsakt kann man nicht einfach damit argumentieren, daß ein Verwaltungsakt ein hoheitlicher Akt sei, folglich der Eingriff eine Enteignung darstelle. Vielmehr muß dann auch hier geprüft werden, welcher Art das Recht ist, dessen Verwirklichung dieser Verwaltungsakt erzwingt.

---

1) NJW 59, 1085

2) vgl. zuletzt BVerwG NJW 1962, S. 2171 ff.

Diese - vielleicht erstaunliche - Behauptung gewinnt an Glaubwürdigkeit, wenn man sich folgendes vergegenwärtigt: Auch bei den der Enteignung nahestehenden Fällen des Ablieferungszwanges, der Einziehung und der Konfiskation[1], genügt es nicht, darauf abzustellen, daß ein Eingriff in das Eigentum durch Verwaltungsakt erfolge. Den Unterschied zur Enteignung kann man auch hier nur ermitteln, indem man fragt, was diesen Akten materiell-rechtlich zugrunde liegt. Der Ablieferungszwang[2] entzieht die betroffenen Güter nicht ihrem bisherigen Verwendungszweck, sondern ändert nur das Verfahren des Güterumsatzes[3]. Das ist materiell etwas anderes als das Recht des Staates, Güter Privater an sich zu ziehen, um sie unmittelbar dem Gemeinwohl zuzuführen, und aus diesem Grunde keine Enteignung.

Ähnlich muß man bei Konfiskation[4] und Einziehung[5] vorgehen, um den Unterschied zur Enteignung aufzeigen zu können. Materiell liegt diesen Akten die Straf- und Ordnungsgewalt des Staates zugrunde. Die Tatsache, daß hier Verwaltungsakte in Eigentum eingreifen, ist nur die äußere, formelle, verfahrensrechtliche Seite dieser Maßnahmen, die über das, was diesen Akten materiell zugrunde liegt, nichts aussagen kann.

Für die bergrechtliche Grundabtretung ergibt sich hieraus folgendes:

Es ist zumindest nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen, daß auch der Grundabtretungsbeschluß in diesen

---

1) vgl. hierzu im einzelnen Huber II, S. 34 ff.; v.Mangoldt-Klein, Art. 14 VI, S. 334 ff.

2) Als Fälle sind etwa zu nennen: Zwangsablieferung von Devisen im Rahmen der Devisenlenkung, Veräußerungszwang in der Rohstoff- und Lebensmittelbewirtschaftung in Notzeiten; Beispiele bei Huber II, S. 36

3) so Huber II, S. 34.

4) Hierzu im einzelnen Huber II, S. 42 ff.

5) vgl. Huber II, S. 39 ff.

Zusammenhang gehört. Er ist zwar unbestreitbar Verwaltungsakt, aber das kann nach dem soeben Gesagten nichts dafür hergeben, daß diesem Verwaltungsakt materiell eine Enteignung zugrunde liegt, daß er ein Enteignungsrecht des Staates verwirklicht. Es gibt z.B. auch sog. streitentscheidende Verwaltungsakte. Durch einen derartigen Verwaltungsakt wird nach der Definition von W o l f f [1] "über eine streitige oder zweifelhafte Rechtslage in gebundener oder ermessensfreier Anwendung geltenden objektiven Rechts auf abgeschlossene Sachverhalte in einem prozeßähnlichen oder auch freien Verfahren entschieden, insbesondere ein Anspruch zuerkannt, aberkannt oder geltend gemacht". Das wird im einzelnen weiter unten[2] darzustellen sein. Hier genügt zunächst folgendes: Das Vorhandensein derartiger streitentscheidender Verwaltungsakte und ihre Ähnlichkeit mit gerichtlichen Entscheidungen, insbesondere solchen aus der freiwilligen Gerichtsbarkeit[3], legen die Vermutung nahe, daß auch diese streitentscheidenden Verwaltungsakte wie gerichtliche Entscheidungen keinen materiellen Enteignungsanspruch des Staates durchsetzen. Dann liegt es aber nahe, auch den Grundabtretungsbeschluß als einen derartigen streitentscheidenden Verwaltungsakt anzusehen. Jedenfalls zwingt die Möglichkeit derartiger Konstruktionen dazu, die vielfach aufgestellte Behauptung von der enteignenden Natur des Grundabtretungsbeschlusses auch von diesem Punkt her zu überprüfen.

Die Fragestellung hat also zunächst gar nicht zu lauten, ob der Beschluß gem. §§ 142, 144 ABG dem unterlegenen Grundeigentümer ein "Sonderopfer" auferlegt; vielmehr kann diese Frage überhaupt erst dann gestellt werden, wenn feststeht, daß dieser Beschluß nicht nur

---

1) § 47 I 2, S. 242

2) vgl. S.166 ff.

3) etwa dem Hausratsteilungsverfahren nach der HausratVO.

die Funktion hat, einen zwischen den beteiligten Parteien - Grundeigentümer und Bergwerkseigentümer - bestehenden Streit zu entscheiden. Die Frage nach der Rechtsnatur der Grundabtretung allein aus den Wirkungen des Grundabtretungsbeschlusses beantworten zu wollen, ist verfehlt: Die Tatsache, daß dem Grundeigentümer durch den Grundabtretungsbeschluß "von hoher Hand etwas vorgeschrieben wird, das er freiwillig nicht durchführen wollte"[1], besagt gar nichts. Jedes verurteilende Erkenntnis eines Gerichts erlegt dem Beklagten etwas auf, daß er freiwillig nicht durchführen wollte, und doch ist dieses Erkenntnis keine Enteignung i.S. von Art.14 GG; ebensowenig ist seine zwangsweise Durchsetzung eine Enteignung. Jeder Verwaltungsakt, der eine Einziehung oder einen Ablieferungszwang ausspricht, ist ein hoheitlicher Eingriff in das Eigentum, trotzdem liegt keine Enteignung vor[2].

Die richtige Fragestellung kann vielmehr nur so lauten: Verwirklicht der Grundabtretungsbeschluß ein staatliches Enteignungsrecht, ist also der Bergwerkseigentümer ein mit Enteignungsrecht beliehener Unternehmer, wie etwa die Post[3], die Bundesbahn[4] oder Unternehmen der Energiewirtschaft[5], oder - das ist die andere Möglichkeit - ist das Recht auf Grundabtretung ein privates Recht des Bergwerkseigentümers gegen den Grundeigentümer auf Besitzüberlassung oder Übereignung, und ist folglich der Grundabtretungsbeschluß "nur" eine Entscheidung, die über einen Streit um das Bestehen dieses Rechtes im Einzelfall zu befinden hat?

Somit hängt die Rechtsnatur des Grundabtretungsbeschlusses - Akt der Enteignung oder Entscheidung über das Be-

---

1) so Heinemann, ZfB 103, 309.
2) vgl. o., S. 38
3) vgl. § 32 Postverwaltungsgesetz.
4) vgl. § 37 BundesbG.
5) vgl. § 11 EnergWG.

stehen eines privaten subjektiven Rechtes - nicht von den Folgen dieses Beschlusses ab, sondern einfach von dem Streitgegenstand, über den der Beschluß zu befinden hat. Dabei ist zwar nicht zu übersehen, daß die verfahrensrechtliche Ausgestaltung der Grundabtretung ihrerseits Rückschlüsse auf die Rechtsnatur des Streitgegenstandes zulassen könnte, doch bleibt auch dann immer die Frage nach dieser Rechtsnatur des Streitgegenstandes das primäre, das logisch vorrangige Problem.

Danach drängt sich die Frage auf, nach welchen Gesichtspunkten denn das Problem der Rechtsnatur der Grundabtretung gelöst werden soll, wenn es auf die Wirkungen des Grundabtretungsbeschlusses nicht ankommen kann. Die Antwort ist zunächst einfach: Es kommt allein darauf an, wie der Gesetzgeber das Grundabtretungsrecht materiell-rechtlich konstruiert hat, ob als hoheitliches Enteignungsrecht oder als privates Recht auf Besitzeinräumung oder Übereignung. Ist die Grundabtretung ein privates Recht, dann kann keine Enteignung vorliegen. Auch dadurch, daß der Staat mit Gerichten oder Behörden bei der Durchsetzung von Privatrechten hilft, wird die Ausübung dieser Rechte nicht zur Enteignung, wie bereits oben[1)] dargestellt. Es müßte dann allerdings noch weiter gefragt werden, ob der Gesetzgeber nicht derartige Fälle als Enteignung konstruieren muß, oder ob er mittels beliebiger Konstruktionen den Bindungen des Art.14 Abs.3 GG entkommen kann.

Diesen - hier nur zur Einführung und als Überblick geäußerten - Bedenken gegen die Einordnung der Grundabtretung als Enteignung und insbesondere dem Vergleich des Grundabtretungsbeschlusses mit einer gerichtlichen Entscheidung könnte man den Einwand entgegenhalten, gerichtliche Erkenntnisse, die auf Auflassung oder Besitzüberlassung entscheiden, hätten über vertragliche Ansprüche zu befinden. Das wird für den weit überwiegenden Teil

---

1) vgl. S. 38 f.

der Urteile allerdings auch zutreffen. Es wäre aber falsch, wollte man sich hierdurch zu der Meinung verführen lassen, das deutsche Recht kenne nur vertraglich eingeräumte Rechte auf Übereignung, Besitzeinräumung oder sonstige Einwirkungen auf fremde Rechte. Vielmehr sind dem deutschen Recht auch gesetzliche subjektive Rechte dieser Art durchaus bekannt. Es sei hier vorläufig nur auf das Notwegrecht des § 917 BGB und die Einwirkungsbefugnisse nach § 26 GewO verwiesen. Dies sind ohne Zweifel gesetzliche Einwirkungsrechte, und trotzdem sind weder die Geltendmachung eines derartigen Rechtes noch das Urteil, das die Verpflichtung zur Duldung solcher Einwirkungen ausspricht, Enteignungen i.S. von Art. 14 GG[1].

Warum sollte also nicht auch das Grundabtretungsrecht des Bergwerkseigentümers ein solches "privates gesetzliches Einwirkungsrecht"[2] sein?

Um festzustellen, ob das Grundabtretungsrecht tatsächlich in die Reihe dieser Rechte einzuordnen ist, muß zweierlei untersucht werden: Zunächst muß das Wesen der genannten und einer langen Reihe anderer privater gesetzlicher Einwirkungsrechte geprüft werden. In diesen Untersuchungen liegt der Schwerpunkt der vorliegenden Untersuchung. Sodann muß festgestellt werden, ob das Grundabtretungsrecht nach seiner gesetzlichen Ausgestaltung dem Wesen dieser Rechte entspricht und in ihr System eingeordnet werden kann. Daraus ergibt sich der weitere Aufbau der Untersuchung, die sich damit ausweitet zu einer allgemeinen Untersuchung über die Abgrenzung zwischen Enteignung und "privaten gesetzlichen Einwirkungsrechten".

---

1) a.A. - hinsichtlich § 917 BGB - nur Weiß, S.52, Fußn. 93, der auch hier Enteignung annimmt. Das ist zwar folgerichtig, deckt aber auch Weiß' entscheidenden Irrtum auf, vgl. dazu unten S.87 ff.

2) Dieser - in Literatur und Rechtsprechung nirgends benutzte - Begriff ist vom Verf. geprägt worden, um zunächst eine neutrale zusammenfassende Bezeichnung für die zu untersuchenden Erscheinungen zu haben. Er wird erst nach diesen Untersuchungen durch eine kürzere und bekanntere Bezeichnung ersetzt werden können (vgl. unten S.130 ff.)

II. Die privaten gesetzlichen Einwirkungsrechte

A. Die einzelnen Fälle

1. Private gesetzliche Einwirkungsrechte im Nachbarrecht

a) Notwegrecht

Das im vorliegenden Zusammenhang bekannteste, oft mit der Grundabtretung verglichene Recht, auf fremdes Eigentum einzuwirken, ist das Notwegrecht des § 917 BGB. Diese Vorschrift bestimmt, daß der Eigentümer eines von jedem unmittelbaren Zugang zu einem öffentlichen Weg abgeschnittene Grundstück vom Nachbarn die Benutzung dessen Grundstücks verlangen kann, - dies allerdings nur in dem Umfang, der zur Herstellung der notwendigen Verbindung zum öffentlichen Weg erforderlich ist. Es handelt sich hier um eine privatrechtliche Regelung; die Durchsetzung der Rechte aus § 917 BGB ist keine Enteignung[1], denn es handelt sich dabei nicht um Ausübung hoheitlicher Befugnisse, sondern um die Verwirklichung privater Rechte. Die Tatsache, daß der Berechtigte sich dabei der Hilfe der Gerichte und Vollstreckungsbehörden, also der Hilfe hoheitlicher Gewalt bedienen darf, kann an der materiell-rechtlich privaten Natur des Notwegrechtes nichts ändern.

b) Überbau

Nur auf den ersten Blick nicht in den vorliegenden Zusammenhang gehört das ebenfalls häufig mit dem Grundabtretungsrecht verglichene sog. "Überbaurecht" der §§ 912 ff BGB. Es ist zwar irreführend, generell von einem Überbau-Recht zu sprechen. Niemand hat - von vertraglichen Vereinbarungen abgesehen - das Recht, über die Grenze zu bauen. Hier ist also zunächst gar kein Recht zur Einwirkung auf ein fremdes Grundstück gege-

---

1) Das behauptet heute nur Weiß, S. 52 Fußn. 93.

ben. Es entsteht jedoch in dem Augenblick eine Duldungspflicht des Nachbarn, wenn zunächst rechtswidrig - höchstens leicht fahrlässig - über die Grenze gebaut worden ist. Das ist dann wieder ein Einwirkungsrecht. Der Unterschied zum Notwegrecht und zu weiteren aufzuführenden Einwirkungsrechten liegt nur darin, daß bei diesen schon die erste Einwirkung rechtmäßig ist, daß bereits die Schaffung des beeinträchtigenden Zustandes geduldet werden muß. Beim Überbau ist es dagegen nur die Fortdauer des zunächst rechtswidrig herbeigeführten Zustandes, die geduldet werden muß. Aber gerade in dieser Fortdauer liegt eine Einwirkung. Da sie vom Gesetz als rechtmäßig anerkannt wird, muß man auch insoweit von einem privaten gesetzlichen Einwirkungsrecht sprechen.

c) Gesteigerte Duldungspflicht bei Immissionen gem. § 26 GewO

Ein weiterer Fall aus dem Nachbarrecht, der hierher zu zählen ist, ist das über den Rahmen des § 906 BGB hinausgehende Immissionsrecht des § 26 GewO. Hiernach hat ein Grundstückseigentümer Immissionen (Gas, Geruch, Geräusche, Staub usw.) eines benachbarten genehmigten Gewerbebetriebes zu dulden, selbst wenn diese sein Grundstück so stark beeinträchtigen, daß es wertlos wird.

Es könnte behauptet werden, § 26 GewO sei gar kein privates Einwirkungsrecht von der bisher behandelten Art. Vielmehr, so könnte man meinen, liege ein hoheitlicher Eingriff vor, denn das Einwirkungsrecht entstehe erst durch die behördliche Genehmigung des Gewerbebetriebes gem. §§ 16 ff. GewO.

Dies wird zwar - soweit ersichtlich - nirgends in dieser Schärfe ausdrücklich behauptet, doch finden sich vielfach Äußerungen, die diese Meinung andeuten oder zumindest unklar lassen, ob es sich bei § 26 GewO um einen hoheitlichen oder einen privatrechtlichen Eingriff handeln soll.

So heißt es bei W e s t e r m a n n [1], der Entschädigungsanspruch aus § 26 GewO sei "ein besonders geregelter Fall des allgemeinen Aufopferungsanspruchs". Dieser "allgemeine Aufopferungsanspruch" aber setzt einen Eingriff von hoher Hand voraus[2]. Geradezu irreführend ist es, wenn es bei P a l a n d t - G r a m m [3] heißt, die Rechtsprechung habe im Hinblick auf §§ 16, 26 GewO den Grundsatz entwickelt, es sei Entschädigung zu leisten, wenn den Geschädigten durch Sondervorschriften die Abwehrbefugnis entzogen sei, und diese Ersatzpflicht sei früher aus entsprechender Anwendung von §§ 74, 75 Einl. ALR abgeleitet worden, "während der BGH solche Eingriffe seit der Entscheidung vom 10.6.52 (BGHZ 6,270) als Enteignung behandelt." Hier wird jeder Unterschied zwischen privater Einwirkungsbefugnis und hoheitlichem Eingriff verwischt. Es wird nämlich übersehen, daß der BGH in der genannten Entscheidung stets nur "Eingriffe von hoher Hand" und "enteignungsgleiche Eingriffe" behandelt, also von privatrechtlichen Eingriffsbefugnissen gar nicht spricht. Darauf weist auch S c h a c k [4] hin, der feststellt, es bleibe offen, wie sich der BGH zu Schädigungen stellen würde, die nicht auf einem hoheitlichen Eingriff gegenüber dem Geschädigten beruhen. S c h a c k [5] stellt klar heraus, daß es sich im Immissionsrecht darum handelt, daß die Einwirkungen des staatlichen Handelns nur indirekt schädigen, daß das Staatshandeln sich rechtlich nicht gegen den Betroffenen richtet, wenn es ihn auch schädigend in Mitleidenschaft zieht.

Nicht zu folgen ist Schack allerdings insoweit, als er die "Immissionshaftung" unter den von F o r s t -

---

1) Maßnahmen, S. 18

2) Allg.Meinung, vgl. z.B. Soergel-Baur, Rdn.55 vor § 903

3) Einf. vor § 823 Anm. 4 a

4) JZ 1956, 426, r.Sp.

5) JZ 1956, S. 428

h o f f [1] entwickelten Begriff d.. "öffentlich-rechtlichen Gefährdungshaftung" einordnet. Bei dieser geht es zwar wie im Immissionsrecht um nicht beabsichtigte Schädigungen, d.h. der Eingriff ist nicht der Zweck des staatlichen Handelns. Bei der öffentlich-rechtlichen Gefährdungshaftung ist aber der Eingriff - wie bei der zivilrechtlichen Gefährdungshaftung - nicht einmal gewollt, es besteht lediglich die Erfahrung, daß ein solcher Eingriff einmal trotz aller Vorsichtsmaßnahmen ungewollt eintritt. Es handelt sich - wie im Zivilrecht - um eine "Unglückshaftung". Bei der Genehmigung nach § 26 GewO dagegen sind die Folgen gegenüber dem Nachbarn zwar nicht der Zweck der genehmigten Anlagen. Aber diese Folgen sind doch notwendig mitgewollt; es wird nicht eine Gefährdung geschaffen, aus der sich "nur" mit statistischer Notwendigkeit nach Zeitpunkt, Art und Umfang unbestimmte Schädigungen ergeben, sondern eine Situation, die mit Sicherheit zu bestimmten Nachteilen für die Nachbarn führt. Von einem "Unglück" - wie bei der Gefährdungshaftung - kann nicht die Rede sein. Das ist im Grunde sogar ein Tatbestand, der der Enteignung viel näher steht, als das die öffentlich-rechtliche Gefährdungshaftung tut. Er kann daher nicht als ein Unterfall dieser Gefährdungshaftung angesehen werden.

Das Wesentliche des § 26 GewO liegt vielmehr in folgendem: Zu den Tatbestandsmerkmalen, die die hier angeordneten Rechtsfolgen erzeugen, gehört u.a. das Vorliegen eines Verwaltungsaktes, der gewerbepolizeilichen Genehmigung nach § 16 GewO. Das ist ein erstaunliches Phänomen: Im allgemeinen ist man daran gewöhnt, die Wirkungen eines Verwaltungsaktes daraus abzuleiten, daß er sich auf eine - öffentlich-rechtliche - Ermächtigungsnorm stützt und diese für den Einzelfall konkretisiert; man denke nur an die allgemeine Vorschrift des § 14 PVG als Ermächtigungsnorm für polizeiliche Verfügungen. In allen diesen Fällen beruht die Wirkung des Verwaltungs-

---

1) § 18, S. 315 ff.

akts gegenüber dem Betroffenen darauf, daß die Ermächtigungsnorm die Unterwerfung des Einzelnen unter den hoheitlichen Befehl anordnet.

Ganz anders bei § 26 GewO: Ermächtigungsnorm für die gewerbepolizeiliche Genehmigung ist nicht etwa § 26 GewO, sondern § 16 GewO. Dieser unterwirft aber nur den Betriebsinhaber der Polizeihoheit der Gewerbeaufsicht. Der Nachbar hingegen wird dieser nicht unterstellt. Er wird vielmehr nur einer Art Reflexwirkung der Genehmigung ausgesetzt, also nicht als Gewaltunterworfener, sondern als Subjekt des Privatrechts, indem ganz unabhängig von der Ermächtigungsvorschrift des § 16 GewO eine andere Norm - § 26 GewO - dem mit der Genehmigung nach § 16 GewO ausgestatteten Grundeigentümer besondere Rechte im Privatrecht gibt.

Hiernach ließe sich die eingangs gestellte Frage, ob nicht die Genehmigung nach § 16 GewO ein hoheitlicher Eingriff in die Rechte des Nachbarn sei, wie folgt beantworten: Die durch § 26 GewO ermöglichte Reflexwirkung ist kein hoheitlicher Eingriff in die Rechte des Nachbarn, da diese Wirkung nicht auf einer Gewaltunterworfenheit dieses Nachbarn unter die Anordnungen der Gewerbeaufsicht beruht, sondern auf einer zusätzlichen, privatrechtlichen, Norm[1].

Diese Deduktion allein kann aber nicht restlos überzeugen. Es bleibt eine mittelbare Einwirkung der Genehmigung nach § 16 GewO auf das betroffene Grundeigentum.

Weiter führt jedoch folgende Überlegung:
Es handelt sich bei der Genehmigung gem. § 16 GewO um einen Fall, der mit der Verleihung von Bergwerkseigentum verglichen werden kann. Das mag überraschen; aber auch dort hängt die Einwirkungsbefugnis, etwa das Recht, Bergschäden zu verursachen, von einem Verwaltungsakt ab, eben von der Verleihung des Bergwerkseigentums. Auch

---

1) § 26 GewO gehört daher systematisch gar nicht in die Gewerbeordnung, sondern in das Nachbarrecht des BGH, etwa als Abs. 3 des § 906.

dort hat also ein Verwaltungsakt mittelbare Wirkung auf das betroffene Grundeigentum. Wollte man diese Wirkungen als Folge der Ausübung von hoheitlicher Gewalt ansehen, so würde man die allgemein anerkannte Natur des Bergwerkseigentums als eines privaten Rechtes[1] leugnen. Was hier als ein hoheitlicher Eingriff angesehen werden kann, ist allein die Verleihung des Bergwerkseigentums, nicht die Ausübung der Rechte aus dem einmal entstandenen Bergwerkseigentum.

Nicht anders ist es bei §§ 16, 26 GewO: Wenn durch die Genehmigung zwar auch kein neues selbständiges absolutes Recht wie das Bergwerkseigentum geschaffen wird, so wird doch eine Befugnis verliehen, die Inhalt des Eigentums am Grundstück und dadurch zu einer privatrechtlichen Befugnis wird.

Allgemein gesagt handelt es sich hier um nichts anderes als um die bekannte Tatsache, daß durch Hoheitsakt private Rechte begründet werden können.

Danach sind die Einwirkungsrechte aus § 26 GewO als private gesetzliche Rechte gekennzeichnet.

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang noch auf einige spezielle Anwendungsfälle von § 26 GewO:

§ 11 des Luftverkehrsgesetzes schreibt vor, daß die Vorschrift des § 26 GewO für Flughäfen entsprechend gilt, und zwar unabhängig davon, ob der Flughafen gewerblichen oder öffentlichen Zwecken dient. Damit wird auch das Recht des Eigentümers eines Flughafens, auf die Nachbargrundstücke einzuwirken - im wesentlichen durch Lärm -, als private, gesetzliche Einwirkungsbefugnis gekennzeichnet.

§ 7 Abs.4 AtomGes schreibt vor, daß § 26 GewO sinngemäß für Einwirkungen gilt, die von einer nach dem Atomgesetz genehmigten Anlage auf ein anderes Grundstück ausgehen. Damit wird wie in § 26 GewO ein privates gesetz-

---

1) vgl. etwa Ebel-Weller, § 50 Anm. 2 b; Boldt, § 50 Anm.2; RG ZfB 69, 246.

liches Einwirkungsrecht geschaffen.

d) Der "nachbarrechtliche Aufopferungsanspruch"

Aus dem Rechtsgedanken des § 26 GewO (in Verbindung mit den Vorschriften der §§ 904, 962 BGB, 74, 75 Einl.ALR) hat das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung den Grundsatz entwickelt, daß ein Eigentümer Schädigungen seiner Sache dulden muß, wenn die Einwirkung von gemeinnützigen Betrieben ausgeht. Für den Eigentümer entsteht in diesen Fällen, wie bei § 26 GewO, ein Entschädigungsanspruch, der oft als "nachbarrechtlicher" (auch "privatrechtlicher" oder "zivilrechtlicher") "Aufopferungsanspruch" bezeichnet wird[1]. Aber auch Autoren, die einen besonderen zivilrechtlichen Aufopferungsanspruch nicht oder nicht ausdrücklich anerkennen, sondern Fälle der vom Reichsgericht entschiedenen Art bei dem allgemeinen Aufopferungsanspruch behandeln, erkennen die Rechtsprechung des RG zumindest im Ergebnis an[2].

Aus der Rechtsprechung des RG mag beispielsweise[3] folgender Fall erwähnt werden: "An sich" nach § 909 BGB zu verbietende Grundwasserabsenkungen - durch welche die Fundamente eines Hauses geschädigt werden - sind zu dulden, wenn die Absenkungen bei dem Bau einer Verkehrslinie erforderlich werden[4].

Der BGH hat diese Rechtsprechung übernommen - allerdings ohne Übernahme des Begriffs "nachbarrechtliche

---

1) so z.B. Erman-Hefermehl § 1004 Anm.11 b ae; Enneccerus-Nipperdey § 218 I 3, S. 1346; Wolff § 61 I c, S. 321; Hubmann, JZ 58, 489.

2) vgl. z.B. Larenz II, § 72, 6, S. 427; Palandt § 906 Anm.5 cc; Westermann § 28 III 3, S. 123/124 und § 63 II 4 b, S. 316; Enneccerus-Lehmann § 229 V, S. 921 f; besonders ausführlich: Meisner-Stern-Hodes § 43 D III 2, S. 627 ff.

3) Weitere, hier nicht im einzelnen geschilderte Fälle, in denen sich das RG mit dem "zivilrechtlichen Aufopferungsanspruch" beschäftigte, finden sich in RGZ 57, 224; 58, 134; 59, 70; 70, 150; 100, 69; 101, 102; 104, 84; JW 38, 2969; Warn. Rspr. 10 Nr. 143.

4) RGZ 167, 14 ff.

Aufopferung" - in einer Entscheidung vom 21.9.1960[1]:

> "Dient eine Omnibuslinie der Befriedigung eines allgemeinen Verkehrsbedürfnisses und damit unmittelbar öffentlichen Interessen, so kann der Beseitigungsanspruch des durch den Linienbetrieb gestörten Eigentümers nicht auf Maßnahmen zielen, die den Linienbetrieb lahmlegen oder erheblich beeinträchtigen."

Man könnte sagen, es handle sich hier um Duldungspflichten öffentlich-rechtlicher Art. Aber das RG nimmt mit Recht an, daß es sich hier um ein privatrechtliches Verhältnis handelt: Das Unternehmen, dem gegenüber der Abwehranspruch versagt sei, erfülle zwar mit seiner Tätigkeit öffentliche und hoheitliche Aufgaben. Aber es stehe doch auch mit seinem Grundbesitz im Bereich des privatrechtlichen Eigentums und sei insbesondere den Normen des Nachbarrechts unterworfen, soweit das nicht seinen öffentlich-rechtlichen Aufgaben widerstreite[2], anders gesagt: "Grundstücke der öffentlichen Hand sind wie alle anderen in die räumliche Gemeinschaft eingefügt"[3].

Diese Konstruktion erscheint, solange man kein besonderes "öffentliches Eigentum" anerkennt, als die einzig mögliche. Grundeigentum in der Hand des Staates oder in der Hand von Unternehmen, die öffentlichen Belangen dienen, ist Eigentum wie jedes andere. Seine Beziehung zu benachbartem Eigentum kann deshalb nicht von der Person seines Inhabers abhängig sein; sie ist daher eine privatrechtliche Beziehung. Die rechtliche Bedeutung der öffentlichen Interessen, die in der genannten Rechtsprechung zur Versagung des Abwehranspruches aus § 1004 BGB führten, ist folglich keine andere als die des § 26 GewO: sie bewirken wie die Genehmigung nach § 16 GewO eine besondere Ausgestaltung der privatrechtlichen Beziehungen zwischen Nachbarn. Der Ausschluß des Abwehranspruchs besteht in den genannten Fällen nicht auf einer Gewaltunterworfenheit des Betroffenen unter

---

1) vgl. NJW 1960, S. 2335

2) so RGZ 159, 131

3) so Westermann § 63 II 4 b, S. 316

die Ausübung hoheitlicher Befugnisse - dann läge eine Enteignung vor -; die Duldungspflicht folgt vielmehr aus einem besonderen nachbarrechtlichen Tatbestand.

Dieser Tatbestand ist zwar nicht ausdrücklich im Gesetz geregelt, aber er ist - ob man nun wie M e i s n e r - S t e r n - H o d e s [1] schon von Gewohnheitsrecht spricht oder auf die Analogie zu §§ 26 GewO, 904 BGB, 74, 75 Einl.ALR zurückgreift - geltendes Recht. Man kann ihn etwa wie folgt formulieren: Gegen Immissionen lebenswichtiger Betriebe ist ein Abwehranspruch nicht gegeben, auch wenn diese Immissionen das nach § 906 BGB erlaubte Maß überschreiten.

Gegen die Annahme eines öffentlich-rechtlichen Charakters der "nachbarrechtlichen Aufopferung" spricht auch, daß zu einem derartigen Tatbestand keinesfalls das Vorliegen eines öffentlichen Interesses im Einzelfall gehört. In keiner der erwähnten Entscheidungen werden Erwägungen in der Art angestellt, wie sie etwa bei der Feststellung der Zulässigkeit von Enteignungen zugunsten privater Unternehmen erforderlich sind.

Daraus wird deutlich, daß auch hier ein privates gesetzliches Einwirkungsrecht vorliegt.

Dasselbe gilt von zwei gesetzlich besonders geregelten Fällen des nachbarrechtlichen Aufopferungsanspruchs: Gegenüber von der öffentlichen Hand betriebenen Einrichtungen, die für die Volksgesundheit von besonderer Bedeutung sind, und gegenüber genehmigten Betrieben zur Volksertüchtigung besteht auch hinsichtlich Immissionen, die das nach § 906 BGB zulässige Maß überschreiten, kein Abwehranspruch[2].

---

1) § 43 D.III 2.b, S. 635

2) vgl das "Gesetz über die Beschränkung der Nachbarrechte gegenüber Betrieben, die für die Volksertüchtigung von besonderer Bedeutung sind" vom 13.12. 1933 (RGBl.I, 1058) und das "Gesetz über die Beschränkung der Nachbarrechte gegenüber Betrieben, die für die Volksgesundheit von besonderer Bedeutung sind" vom 18.10.1935 (RGBl.I, 1247).

e) Immissionen gem. § 906 Abs.1 und Abs.2 BGB

Private gesetzliche Einwirkungsrechte auf "benachbarte" Grundstücke[1] gibt auch § 906 BGB. Hier sind zwei Alternativen zu unterscheiden:

"Unwesentliche" Einwirkungen sind stets zu dulden, § 906 Abs.1 BGB. "Wesentliche" Einwirkungen sind zu dulden, wenn sie durch eine "ortsübliche" Benutzung des beeinträchtigenden Grundstücks verursacht sind und nicht durch wirtschaftlich zumutbare Maßnahmen des Eigentümers des beeinträchtigenden Grundstücks verhindert werden können, § 906 Abs.2 S.1 BGB. Dieser letzte Fall hat seinerseits wiederum zwei Varianten, die allerdings nicht den Umfang der Duldungspflicht betreffen, sondern die Frage der Entschädigung: Grundsätzlich sind auch die Eingriffe nach § 906 Abs.2 S.1 BGB entschädigungslos zu dulden. Eine Entschädigung muß nur dann gezahlt werden, wenn die ortsübliche Nutzung oder der Ertrag des beeinträchtigten Grundstücks "über das zumutbare Maß hinaus beeinträchtigt" werden, § 906 Abs.2 S.2 BGB.

Es ist allerdings zweifelhaft und bedarf eingehender Erörterung, ob die nachbarlichen Befugnisse aus § 906 BGB als gesetzliche private Einwirkungsrechte bezeichnet werden können und in eine Reihe mit den Rechten aus

---

Beide Gesetze sind bei Staudinger-Seufert § 906 Rdn. 1 b abgedruckt. -
Diese Gesetze gelten nach allgemeiner Meinung auch noch heute; lediglich insofern, als sie den Entschädigungsanspruch in das Ermessen der Verwaltung stellen und den Rechtsweg ausschließen, sind sie heutigen rechtsstaatlichen Grundsätzen anzupassen; so auch Westermann § 63 II 4 c; Staudinger-Seufert, aaO; Palandt-Hoche § 906 Anm.5 a cc; Wolff-Raiser § 53 II 3, S. 192, Fußn. 29.

1) Darunter sind nicht nur die unmittelbar angrenzenden Grundstücke zu verstehen, sondern alle Grundstücke innerhalb des möglichen Einwirkungsbereichs; unstr., vgl. z.B. Westermann § 63 I 2; Palandt-Hoche § 906 Anm.2 b; Wolff-Raiser § 52 III 3.

§§ 917, 912 BGB, 26 GewO zu stellen sind. Das ist deswegen zweifelhaft, weil zumindest § 906 Abs.1 BGB allgemein als eine Inhaltsbestimmung des Eigentums bezeichnet wird[1].

Ein Widerspruch zwischen der Annahme, zumindest § 906 Abs.1 BGB sei eine Inhaltsbestimmung des Eigentums und der hier vorgenommenen Bezeichnung auch der Rechte aus § 906 Abs.1 BGB als Einwirkungsrechte besteht jedenfalls dann, wenn man bei Vorliegen einer Inhaltsbestimmung annimmt, daß in diesen Fällen keine Ausgleichspflicht zulasten des beeinträchtigenden Eigentümers besteht. Das wird allerdings - soweit ersichtlich - nur bei W e s t e r m a n n [2] deutlich ausgesprochen. Diese Ansicht liegt aber auch wohl den oben zitierten[3] Äußerungen zugrunde. Westermann[4] sagt, die von § 906 BGB[5] begründeten Duldungspflichten beschränkten nicht als äußere Fessel ein an sich unbegrenztes Eigentum, sondern bestimmten den Inhalt des Eigentums. Nicht berechtigende und verpflichtende Beziehungen zwischen verschiedenen Eigentümern, sondern absolut wirkende Inhaltsbestimmung des Eigentums sei das Ergebnis. Folglich[6] habe das BGB keinen Anlaß, die Folgen des § 906 BGB durch Zahlungspflichten auszugleichen, wie es das für den Überbau und den Notweg tue. Durch die Duldungspflicht des § 26 GewO dagegen

---

1) vgl. z.B. Westermann § 28 II 2 und 3; Maßnahmen, S.18; Wolff-Raiser § 52 III insbes. Ziff.3 i.V.m. Fußn.17; Staudinger-Seufert § 906 Rdn.1 c und Vorbem. vor § 903 Rdn.17,19.

2) Maßnahmen S.18

3) vgl. Fußn.1

4) aaO.

5) Westermann kann hier von § 906 BGB allgemein sprechen - ohne dabei verschiedene Fälle zu unterscheiden -, weil die zitierte Schrift vor der Neufassung des § 906 BGB durch das Gesetz zur Änderung der GewO und Ergänzung des BGB vom 22.Dez.1959 erschienen ist. Die alte Fassung des § 906 BGB statuierte keine Entschädigungspflichten.

6) Unterstreichung vom Verf.

werde nicht "schlechthin" der Inhalt des Eigentums bestimmt, sondern eine "besondere Duldungspflicht" zugunsten einer über den allgemeinen positiven Kern des Eigentums hinausgehenden Nutzungsbefugnis geschaffen, die finanziell auszugleichen sei.

Hier wird also zweierlei getrennt und als wesensmäßig verschieden einander gegenübergestellt: Einerseits Bestimmung des "Inhalts des Eigentums" und andererseits Schaffung einer "besonderen Duldungspflicht". Gleichzeitig wird gesagt, eine besondere Duldungspflicht sei finanziell auszugleichen, während bei einer Inhaltsbestimmung kein Anlaß bestehe, einen finanziellen Ausgleich zu schaffen.

Hier fragt sich sogleich, worin der wesentliche Unterschied zwischen Inhaltsbestimmung und "besonderer Duldungspflicht liegt. Er kann gewiß auch nach der zitierten Stelle bei Westermann nicht darin liegen, daß in einem Fall der Gesetzgeber eine Ausgleichspflicht begründen muß, im anderen nicht. Denn die Notwendigkeit, eine Ausgleichspflicht zu begründen, wird deutlich als Folge der Qualifizierung als Inhaltsbestimmung oder als "besondere Duldungspflicht" angesehen. Dann kann diese Notwendigkeit nicht gleichzeitig die Ursache der Qualifizierung sein. Das wäre ein Zirkelschluß.

Es muß also nach anderen Unterscheidungsmerkmalen zwischen Inhaltsbestimmung und Schaffung "besonderer Duldungspflichten" gesucht werden, wenn man diese Unterscheidung aufrechterhalten will. Aber diese Suche wäre vergeblich, es gibt solche Merkmale nicht. Das soll mit den folgenden beiden Überlegungen bewiesen werden:

Erstens mit einem zunächst rein sprachlichen Argument: Warum kann man nicht auch bei § 26 GewO von einer Inhaltsbestimmung sprechen? Dem Eigentümer wird auch in diesem Fall der Abwehranspruch genommen; also wird doch hier der Inhalt seines Eigentums genauso bestimmt,

wie wenn ihm in § 906 Abs.1 BGB eine Duldungspflicht hinsichtlich weniger starker Immissionen auferlegt wird. Der in § 26 GewO gegebene Entschädigungsanspruch hat mit dieser Frage überhaupt nichts zu tun: Er macht den Eingriff nicht ungeschehen, er verhindert ihn nicht. Er schützt nicht das Eigentum, er schützt nur das Vermögen des Eigentümers. Art und Umfang des Eingriffs sind unabhängig davon, ob nach Vollzug des Eingriffs eine Ausgleichszahlung erfolgen muß oder nicht. Man kann auch sagen: Art, Inhalt und Umfang der Rechte des Betroffenen sind nicht davon abhängig, ob sie mit oder ohne Entschädigung entzogen werden können.

Das zweite Argument gegen eine wesensmäßige Unterscheidung zwischen Inhaltsbestimmung und "besonderer Duldungspflicht" ergibt sich aus der neuen Fassung des § 906 BGB: Ob im Fall des § 906 Abs.2 S.1 BGB eine Entschädigungspflicht entsteht oder nicht, hängt davon ab, ob die Beeinträchtigung für den Betroffenen zumutbar ist. Ist das eine Inhaltsbestimmung, oder werden hier "besondere Duldungspflichten" begründet? Oder ist es vielleicht so, daß eine Inhaltsbestimmung vorgenommen wird derart, daß zumutbare ortsübliche Einwirkungen entschädigungslos zu dulden sind? Und daß für unzumutbare ortsübliche Einwirkungen eine "besondere Duldungspflicht" begründet wird?

Das mag sein. Aber dann unterscheiden sich Eingriffe, die im Rahmen der Inhaltsbestimmung liegen, und Eingriffe, die nur durch "besondere Duldungspflicht" gedeckt werden, allein durch ihre Intensität. Zwischen ihnen besteht kein qualitativer, sondern nur ein quantitativer, also kein wesensmäßiger Unterschied. Sieht man aber beide Fälle des § 906 Abs.2 BGB als Inhaltsbestimmung an, also auch die Begründung der Zulässigkeit des unzumutbaren Eingriffs, ist nicht einzusehen, warum nicht auch § 26 GewO eine Inhaltsbestimmung sein soll.

Faßt man umgekehrt die Duldungspflicht im zumutbaren

Rahmen als "besondere Duldungspflicht" auf, wird unverständlich, warum nicht auch im Falle des § 906 Abs.1 BGB eine solche "besondere Duldungspflicht" angeordnet sein soll (falls man diesen Unterschied nicht wieder einfach in der Schwere der zu duldenden Eingriffe sehen will).

Man kann es also wenden wie man will: Es gibt keinen wesensmäßigen Unterschied zwischen der sog. "Inhaltsbestimmung" und den sog. "besonderen Duldungspflichten".

Da der Begriff der "besonderen Duldungspflicht" mit dem der hier behandelten "gesetzlichen privaten Einwirkungsrechte" identisch ist, ergibt sich für diese Einwirkungsrechte: Eine begriffliche Unterscheidung zwischen ihnen und den sog. Inhaltsbestimmungen ist nicht aufrecht zu erhalten, weil dieser Unterscheidung kein wesensmäßiger, sondern nur ein quantitativer Unterschied zugrunde liegen würde. Daher sind die Rechte aus § 906 Abs.2 BGB und die aus § 906 Abs.1 BGB genauso wie die aus § 26 GewO als Einwirkungsrechte zu bezeichnen. Zwischen ihnen besteht ein Unterschied nur nach der Schwere des dem Betroffenen zugemuteten Opfers; und umgekehrt: Man kann sie alle gleichermaßen als Inhaltsbestimmung kennzeichnen.

f) Das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis

Vor der Neufassung des § 906 BGB durch das Gesetz vom 22.12.1959 hatten sich Unzuträglichkeiten bei der Anwendung dieser Vorschrift ergeben: Der Wortlaut der alten Fassung stellte ausschließlich darauf ab, ob das beeinträchtigende Grundstück ortsüblich genutzt wurde. In diesem Fall war auch für eine noch so schwere Beeinträchtigung des betroffenen Grundstücks keine Entschädigung zu zahlen. Noch in einer Entscheidung vom 26.11. 1932 hatte das Reichsgericht[1] die Klage eines durch

---

1) vgl. RGZ 139, 29.

Abgase des benachbarten Hüttenwerks schwer geschädigten Landwirts abgewiesen allein mit der Begründung, die Benutzung des schädigenden Grundstücks mit Bergwerks- und Hüttenanlagen sei ortsüblich, es komme nicht darauf an, daß auch die landwirtschaftliche Nutzung des betroffenen Grundstücks ortsüblich sei. In einer Entscheidung vom 10.3.1937 jedoch gab das Reichsgericht[1] diese Rechtsprechung auf und erkannte dem geschädigten Landwirt einen "Ausgleichsanspruch" zu. Zur Begründung sagte das RG[2], es würde dem Gedanken der Volksgemeinschaft widersprechen, wenn der Industrie gestattet wäre, landwirtschaftliche Betriebe, die auch in der Nähe der Industrieanlagen ihre natürlichen Lebensbedingungen fänden, durch Abgase zu ruinieren, ohne daß dafür eine Entschädigung zu zahlen sei. Zutreffend werde hier von einem "nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis" gesprochen, in welchem die Nachbarn aufeinander Rücksicht zu nehmen hätten. Es komme darauf an, den gerechten Ausgleich der widerstreitenden Belange zu finden.

Diese Rechtsprechung ist später mehrfach bestätigt[3] und auch vom BGH übernommen worden[4]. Seitdem ist das "nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis" zu einem festen Begriff geworden, wenn er in der Literatur auch nur teilweise anerkannt wird[5]. In den Ergebnissen besteht aber volle Einigkeit.

---

1) in RGZ 154, 161

2) aaO, S. 165/166

3) vgl. RGZ 156, 134; 159, 68; 159, 129.

4) vgl. BGHZ 15, 146; 28, 110; 28, 225.

5) so von Westermann § 63 I 2; Staudinger-Werner Rdn.A 32 zu § 242; dagegen allerdings Staudinger-Seufert § 906 Rdn. 49, der in dem Gedanken das nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses keine ausreichende Begründung sieht. Wolff-Raiser § 53 Fußn.1, S.188, bezeichnen den Begriff des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses als eine "ideologisch übersteigerte Annahme", deren es nicht bedürfe; sie schlagen stattdessen eine Lösung durch Analogie zu §§ 904 Abs.2 BGB, 26 GewO vor, vgl. § 53 II 2, S.191. - Ganz ähnlich auch Baur § 25 IV 2 e cc ß, S.209.

Nachdem nun in der Neufassung des § 906 BGB ein Ausgleichsanspruch normiert ist, hat der Gedanke des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses an Bedeutung verloren. Die Zulässigkeit von Immissionen ist jetzt allein nach § 906 BGB n.F. zu beurteilen. Der Gedanke des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses kann daneben nicht mehr angewendet werden[1].

Das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis hat aber nicht nur Bedeutung für die feinkörperlichen Immissionen, die unter § 906 BGB fallen. Seine Bedeutung geht darüber hinaus, und insoweit ist es auch heute noch zur Beurteilung nachbarlicher Rechtsbeziehungen heranzuziehen. Das zeigt sich deutlich an einer Entscheidung des BGH vom 8.10.1958[2], in deren Leitsatz es heißt:

> "In besonders gestalteten Ausnahmefällen können über § 906 BGB hinaus Einwirkungen, beispielsweise das Fallen von Steinbrocken aus Sprengungen, zu dulden sein. Der zur Duldung verpflichtete Eigentümer hat dann einen Anspruch auf volle Schadloshaltung ohne Rücksicht auf Verschulden des Störers."

In dem entschiedenen Fall ging es darum, daß durch Sprengungen in einem Steinbruch ein benachbarter Gewerbebetrieb gestört wurde, weil losgesprengte Steine auf Grundstück und Gebäude geschleudert wurden. Trotzdem hat der BGH eine Duldungspflicht gegenüber diesen Einwirkungen angenommen. Er hat dieses Ergebnis aus einer Abwägung der Vor- und der Nachteile für die Beteiligten gewonnen:

Hinzuweisen ist darauf, daß der BGH in BGHZ 28,110 (114) gesagt hat, bei dem Gedanken des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses handle es sich "in Wahrheit um eine Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben. § 242 BGB, auf den besonderen Tatbestand des nachbarlichen Zusammenlebens"; dieser Ansicht nähert sich jetzt anscheinend auch Staudinger-Seufert, vgl. Nachtrag zu § 906 Fußn. zu Rdn.13, Bd.III, 2.Teil, S.2306.

1) so auch BGH NJW 62,2341; kritisch dazu jedoch Westermann JZ 1963, S.406 f.

2) BGHZ 28, 225 ff.

Wären die Einwirkungen verboten worden, hätte der Steinbruch stillgelegt werden müssen, das wäre für den Eigentümer eine schwere wirtschaftliche Einbuße gewesen, zudem hätten die Arbeiter ihre Arbeitsplätze verloren, was "wegen der Fürsorgepflicht gegenüber der Belegschaft keine unzulässige Einwendung aus dem Recht eines Dritten darstellt"[1]. Der betroffene Unternehmer dagegen konnte Schutzvorkehrungen treffen (Fenstergitter, Dachverstärkung) und auf diese Weise trotz der Einwirkungen weiterarbeiten. Allein auf Grund dieser Gegenüberstellung folgert der BGH, daß im entschiedenen Fall aus dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis die Pflicht folge, den Abwehranspruch nicht auszuüben, also die Beeinträchtigung zu dulden.

Diese Begründung mag anfechtbar sein[2], das Ergebnis wird allgemein gebilligt[3].

Unabhängig von der Begründung kann man also sagen, daß hier ein weiterer Fall eines privaten gesetzlichen Einwirkungsrechtes vorliegt, oder allgemeiner, daß es im Nachbarrecht gesetzlich nicht geregelte Fälle solcher Rechte gibt.

g) Sonstige nachbarliche Einwirkungsrechte

Nachdem bewiesen ist, daß auch die Rechte aus § 906 Abs.1 BGB zu den gesetzlichen Einwirkungsrechten gehören, ist es ein naheliegender Schritt, auch andere nachbarrechtliche Eigentumsbeschränkungen hierher zu zählen:

Es handelt sich um eine Reihe landesrechtlicher Vorschriften aufgrund des Vorbehalts in Art.124 EG BGB. Zu erwähnen sind hier - ohne auf Einzelheiten einzugehen und Vollständigkeit anzustreben -:

---

1) BGH aaO, s. 231.

2) Baur, aaO., schlägt eine Lösung durch Analogie zu §§ 904 II BGB, 26 GewO vor.

3) vgl. Baur, aaO; Palandt-Hoche, Überbl.2 d vor § 903; Mühl, NJW 60,1133 ff (1137), 2324.

aa) Das Hammerschlags- und Leiterrecht, wonach der Grundeigentümer das Nachbargrundstück betreten darf und dort Gerüste, Leitern und andere Geräte aufstellen darf, wenn er nur von dort aus Arbeiten an seinem unmittelbar an der Grenze stehenden Bauwerk vornehmen kann[1]. Dieses Hammerschlagsrecht ist auch in das neue hessische Nachbarrechtsgesetz vom 24.9.1962[2] aufgenommen worden.

bb) Das Schaufelschlagrecht, das dem Eigentümer eines Grabens das Recht gibt, diesen zu reinigen und dabei den ausgehobenen Schlamm auf das angrenzende Grundstück zu werfen[3].

cc) Das Anwenderecht, wonach beim Pflügen eines Ackers die Zugtiere beim Wenden das Grundstück des Nachbarn betreten dürfen[4].

dd) Das Schwengelrecht, d.h. das Recht, an der Grenze eines Ackers so zu pflügen, daß ein Zugtier das Nachbargrundstück betritt[5].

ee) Das schon erwähnte neue hessische Nachbarrechtsgesetz hat in §§ 30 ff. Regeln über einen "Leitungsnotweg" geschaffen. Nach § 30 Abs.1 aaO. muß der Grundstückseigentümer dulden, daß sein Nachbar Versorgungs- und Abwasserleitungen über sein Grundstück führt, wenn anders ein Anschluß an das Netz nicht zweckmäßig oder nur mit unverhältnismäßig hohen Kosten hergestellt werden kann und wenn außerdem die damit verbundene Beeinträchtigung nicht erheblich ist[6].

---

1) vgl. im einzelnen: Meisner-Stern-Hodes § 28 I, S. 380 f; auch Westermann, Bauliches Nachbarrecht S. 30 f.

2) vgl. Hodes, S. 105 ff.

3) vgl. im einzelnen: Meisner-Stern-Hodes § 28 II, S. 381 f.

4) vgl. im einzelnen: Meisner-Stern-Hodes § 28 III, S. 382.

5) vgl. im einzelnen: Meisner-Stern-Hodes § 28 IV, S. 383; Panwitz "Das Schwengelrecht" in Blätter für Grundstücks-, Bau- und Wohnungsrecht 1962 Heft 23, S. 357 ff.

6) Zu den Einzelheiten vgl. Hodes S. 112 ff.

h) Grenzscheidung

Man könnte versuchen, auch den Fall des § 920 BGB zu den nachbarlichen Einwirkungsrechten zu zählen. Nach dieser Vorschrift kann bei Grenzverwirrung und unklaren Besitzverhältnissen jeder der Nachbarn ein gleich großes Stück der streitigen Fläche für sich verlangen.

Man könnte nun sagen, bei Durchführung eines solchen Grenzscheidungsverfahrens werde es immer dahin kommen, daß der eine Nachbar Teile des Eigentums des anderen zugewiesen bekommt und umgekehrt. Das mag richtig sein. Man kann aber nicht sagen, auf eine solche Zuweisung bestände ein Anspruch, der als Einwirkungsrecht bezeichnet werden könnte. Es geht hier nicht um eine Einwirkung auf ein fremdes Grundstück, sondern darum festzulegen, welche Teile der Bodenfläche überhaupt fremd sind; es geht um die Frage, wer Eigentümer sein soll.

Der Fall des § 920 BGB gehört daher nicht in den vorliegenden Zusammenhang der Einwirkungsrechte.

2. Private gesetzliche Einwirkungsrechte im Wasserrecht

a) Preußisches Wassergesetz

Das prWG vom 7.April 1913 ist mit Erlaß des Wasserhaushaltsgesetzes des Bundes vom 27. Juli 1957 und der Wassergesetze in allen Ländern der Bundesrepublik nicht mehr geltendes Recht. Trotzdem ist ein Blick auf das "alte Wasserrecht" erforderlich. Denn es enthielt, was die hier behandelten Kollisionen von Rechten angeht, viele Ähnlichkeiten mit dem Nachbarrecht des BGB. Das ist nicht erstaunlich. Denn nirgends besteht in so hohem Maße wie beim Wasser die Möglichkeit von Kollisionen der verschiedenen Nutzungsbefugnisse[1]. Man kann hier geradezu von einem Wassernachbarrecht sprechen[2].

---

1) so auch Wolff-Raiser § 101 IV, S. 414

2) so z.B. auch Westermann § 7 II 10 b, S.44; Salzwedel S.52; Sievers DVBl 1962, S. 193 ff (198).

Das gilt vom neuen Wasserrecht nur in geringerem Umfang, was daran liegt, daß es - allgemein gesagt - in weit größerem Maße öffentlich-rechtlich ausgerichtet ist als das alte Wasserrecht nach dem prWG[1].

Das Eigentum am Wasserlauf war nach dem prWG privates Eigentum im Sinne des BGB[2]. Dabei war nur streitig, ob sich das Eigentum auch auf die "fließende Welle" oder nur auf das Flußbett erstreckt. Diese Frage ist nie geklärt worden, obwohl sie ausgiebig erörtert worden ist[3]. Immerhin bestand trotz aller gegensätzlichen Auffassungen darin Einigkeit, daß der Eigentümer des Wasserlaufs das fließende Wasser gebrauchen, verbrauchen, stauen, auspumpen und wegleiten durfte[4], also mit dem Wasser, wie mit dem Flußbett, nach Belieben verfahren durfte, ganz im Sinne von § 903 BGB. Zumindest ist also das Eigentum am fließenden Wasser einem Gewinnungs- und Benutzungsrecht angeglichen[5].

aa) Verliehene Nutzungsbefugnisse

Diese Eigentümerbefugnisse sind im prWG - ganz ähnlich wie im BGB - nur als Grundsatz hingestellt. Sie unterliegen - in größerem Umfang als im BGB - Beschränkungen zugunsten anderer am Wasser interessierter Personen. Die erste Beschränkung ist der Gemeingebrauch (Baden, Waschen, Schöpfen, Viehtränken, Kahnfahren, Eislaufen, öffentlicher Verkehr, Flößerei u.a., vgl. im einzelnen §§ 25-39 prWG). Sie interessiert hier

---

1) so auch Kolb, S.16; Witzel, S.8 und 15; Sievers DVBl 1962, S.77 ff, 193 ff.

2) so Holtz-Kreutz-Schlegelberger § 40 Anm.A; Wüsthoff, Einführung, Kap.8 a, S.44; Wulff § 40 Anm.1.

3) vgl. hierzu Holtz-Kreutz-Schlegelberger § 7 Anm.A a mit weiteren Angaben.

4) so übereinstimmend Holtz-Kreutz-Schlegelberger, aaO, die Eigentum an der fließenden Welle annahmen, aber auch Wulff, Vorbem. vor § 7, der Eigentum an der fließenden Welle als unmöglich ansah.

5) so auch Westermann § 7 II 10 c.

nicht, da es sich um eine öffentlich-rechtliche Einschränkung der Eigentümerbefugnisse handelt. Wichtiger sind schon die Beschränkungen der §§ 41-44 prWG. Nach diesen ist dem Eigentümer verboten: Die Vorflut zum Nachteil anderer zu ändern, durch Einleitungen das Wasser zu verunreinigen, durch einen Aufstau oder durch Veränderung des Grundwasserstandes andere zu schädigen, aufgrund alter Berechtigungen betriebenen Triebwerken das Wasser zu entziehen u.a.m. Aber auch dies sind noch keine Einwirkungsrechte; vielmehr besagen diese Vorschriften, daß in dem beschriebenen Umfang gerade keine Beeinträchtigungen anderer vorgenommen werden dürfen. Praktisch ist also alles verboten, was andere Gewässereigentümer beeinträchtigt. Damit ist der Inhalt des Gewässereigentums festgelegt. "Das Gewässereigentum war der logische Ausgangspunkt des ganzen Systems von subjektiven Berechtigungen."[1)]

Eine Befreiung von diesen Verboten bestand aber aufgrund von besonderen Rechten, die von einem Gewässereigentümer, aber auch von jedem Dritten durch staatliche Verleihung erworben werden konnten: Durch Verleihung konnte insbesondere das Recht erworben werden, den Wasserlauf in einer der in § 40 Abs.2 prWG bezeichneten Arten zu benutzen, § 46 Abs.1 Nr.1 prWG[2)]. Durch Verleihung konnten also die Rechte erworben werden, das Wasser zu gebrauchen und zu verbrauchen, es abzuleiten, Stoffe einzuleiten, den Wasserspiegel zu heben oder zu senken. Wurden diese Rechte verliehen, so unterlagen sie nicht den Beschränkungen der §§ 41-45 prWG[3)]. Das folgt daraus, daß auch der Eigentümer, wollte er von den Beschränkungen der §§ 41-45 frei werden, sich der Verleihung bedienen mußte[4)].

---

1) so Salzwedel, S.53.

2) Die anderen durch Verleihung zu erwerbenden Rechte werden hier nicht behandelt, weil sonst die Behandlung des Wasserrechts im Rahmen dieser Untersuchung unangemessen breit würde.

3) so auch Wulff § 46 Anm.2.

4) vgl. die vorige Anm.

Durch die Verleihung entstand ein privates Recht.[1] Die Verleihung von Wassernutzungsrechten nach dem prWG war sachlich der gleiche Vorgang wie die Verleihung von Bergwerkseigentum und die Erteilung von Patenten[2].

Durch die Befreiung von den Ausübungsschranken des § 40 Abs.2 prWG erhielten die Nutzungsberechtigten das Recht, andere am Wasserlauf Beteiligte, seien es Eigentümer, seien es andere Nutzungsberechtigte, in ihren Rechten zu beeinträchtigen. Zwar waren die Nutzungsberechtigungen nicht darauf angelegt, solche Störungen zu verursachen; nach § 50 prWG war die Verleihung im Gegenteil nur unter Bedingungen zu erteilen, die möglichst die Beeinträchtigung anderer verhüten sollten. Es bedarf jedoch keiner weiteren Begründung, daß es trotz solcher Bedingungen zu Beeinträchtigungen kommen konnte, zumal die Bedingungen nur dann gemacht wurden, wenn sie mit dem beliehenen Unternehmen "vereinbar und wirtschaftlich gerechtfertigt" waren. Insbesondere war nach § 50 Abs.2 prWG möglich, daß die Verleihung trotz Widerspruchs des zukünftig Betroffenen und trotz Unmöglichkeit schützender Einrichtungen erteilt wurde, wenn "einerseits das Unternehmen anders nicht zweckmäßig betrieben oder doch nur mit erheblichen Mehrkosten durchgeführt werden kann, andererseits der daraus zu erwartende Nutzen den Schaden des Widersprechenden erheblich übersteigt."

Gleichzeitig folgt aus dieser Regelung, daß die trotz Erfüllung der Verleihungsbedingungen noch stattfindenden Beeinträchtigungen rechtmäßig waren. Der Betroffene mußte sie dulden, er hatte keine Abwehrklage. Allerdings hatte er, wie nicht anders zu erwarten, einen Entschädigungsanspruch, vgl. § 51 prWG.

Damit sind derartige Beeinträchtigungen deutlich als Ausübung privater gesetzlicher Einwirkungsrechte im

---

1) Allgem. Meinung, vgl. Holtz-Kreutz-Schlegelberger § 46 Anm.A, S.306; Wüsthoff § 46 Anm.2, S.423; Wulff Vorbem. vor § 46, S.86; Salzwedel, S.54.

2) so auch Wolff-Raiser § 96 I 5, S.389; § 101 III 2, S.413.

Sinne dieser Untersuchung gekennzeichnet. Auch das Wassernachbarrecht kennt also diese Rechte. Diese gehen so weit, daß fremde Grundstücke oder Anlagen durch die Benutzung "so beschädigt werden, daß sie nach ihrer bisherigen Bestimmung nicht mehr zweckmäßig benutzt werden können." Auch in diesem Fall, in dem es zur völligen Entwertung des Eigentums des Betroffenen kommen konnte, hatte dieser kein Abwehrrecht. Er hatte wahlweise neben dem Entschädigungsanspruch zusätzlich nur den Anspruch darauf, daß der einwirkende Unternehmer die Anlage oder das Grundstück gegen Entgelt erwarb. Diese Parallele zur bergrechtlichen Grundabtretung verdient Beachtung.

Daß in der Ausübung dieser Rechte eine Enteignung liegen könnte, ist nie behauptet worden. Das ist auch gar nicht denkbar, weil hier nirgends ein staatlicher Hoheitsakt in die Rechte der Betroffenen eingreift. Auf die Frage, ob die Schaffung dieser Rechte, also die Verleihung, eine Enteignung sein kann, kommt es hier nicht an: Im Bergrecht würde dem die - zu verneinende - Frage entsprechen, ob die Verleihung des Bergwerkseigentums eine Enteignung der Grundeigentümer sein kann, unter deren Grundstücken die verliehenen Mineralien lagern. Im übrigen liegt die Parallele zu §§ 16, 26 GewO auf der Hand[1]. Die Einwirkungsbefugnis ist dort Reflex der Genehmigung[2], hier der Verleihung.

bb) Ausgleichungsverfahren

Eine große Rolle spielen Einwirkungsbefugnisse im Wasserrecht auch bei dem sog. Ausgleichungsverfahren. Im prWG war es in §§ 87 ff geregelt:

> "Reicht das Wasser eines Wasserlaufs zur Benutzung in einer der im § 48 Abs.1 bezeichneten Arten durch mehrere Berechtigte nicht aus, oder wird bei mehreren Benutzungsarten die eine durch die andere beeinträchtigt oder ausgeschlossen, so kann

---

1) Diese Parallele zieht auch Salzwedel, S.55; vgl. auch S.63,64.

2) vgl. 46 ff.

jeder Berechtigte verlangen, daß Maß, Zeit und Art der Benutzung im Ausgleichsverfahren geregelt werden. Die Regelung kann abgelehnt werden, wenn der davon insgesamt zu erwartende Nutzen den Schaden nicht erheblich übersteigt", § 87 Abs.1 prWG.

Hier kann es also dahin kommen, daß ein Berechtigter von anderen verlangen kann, besondere Einrichtungen zum Schutz anderer Berechtigter zu schaffen oder sogar die Benutzung einzuschränken. Der erste Fall ist in § 88 prWG ausdrücklich erwähnt, der zweite Fall ergibt sich aus § 87 Abs.1 prWG.

Eine Enteignung liegt hier ebensowenig vor wie bei der Ausübung der verliehenen Nutzungsrechte. Zwar schiebt sich bei der wasserrechtlichen Ausgleichung zwischen Anspruch und Beeinträchtigung ein behördliches Verfahren, eben das Ausgleichungsverfahren. Dieses setzt kein hoheitliches Recht auf Ausgleichung durch, wie etwa das entfernt ähnliche Flurbereinigungsverfahren oder ein Umlegungsverfahren nach dem Bundesbaugesetz, sondern das Recht eines am Wasserlauf Berechtigten gegen andere Berechtigte auf Anpassung, evtl. auf Einschränkung. Das Recht, diese Anpassung zu verlangen, ist Inhalt des verliehenen Nutzungsrechtes. Daß es im Verlauf der Durchsetzung zu einer Enteignung kommen könnte, ist denn auch noch nirgends behauptet worden. Mit der Annahme, die Ausgleichung sei Enteignung, würden zudem die meisten Ausgleichungsverfahren unmöglich. Es müßte nämlich das Vorliegen eines öffentlichen Interesses im Einzelfall bejaht werden können. Dieses kann aber meist nicht angenommen werden, wenn ein privater Berechtigter die Ausgleichung verlangt. Es besteht zwar ohne Zweifel ein öffentliches Interesse daran, daß die Wasserläufe optimal genutzt werden, daß vermeidbare Störungen beseitigt werden. Die Begünstigung durch die Ausgleichung würde aber nur selten dem Staat oder einem staatliche Aufgaben durchführenden Unternehmer zugutekommen, sondern meist einem Privaten, an dessen Begünstigung nur ein mittelbares öffentliches Interesse besteht.

Die Rechte auf Ausgleichung sind daher als private gesetzliche Einwirkungsrechte zu kennzeichnen.

cc) Zwangsrechte

Es folgt aus der Natur der Sache, daß sich auf dem Gebiet der Wasserwirtschaft Eingriffe in Interessen und Rechte anderer nicht vermeiden lassen, falls alle in der Nutzung des Wassers liegenden Möglichkeiten optimal erschlossen werden sollen. Über die Regelung der Nutzungsberechtigungen und der Ausgleichung hinaus war es daher erforderlich, weitere Befugnisse zum Eingriff in fremde Rechte zu schaffen, nämlich Rechte zur Benutzung und Beeinträchtigung fremder Ufergrundstücke oder auch sonstiger Grundstücke. Solche Rechte wurden im prWG unter dem Titel "Zwangsrechte" in den §§ 330 ff. behandelt.

Zunächst wurde in § 330 prWG ein typisch nachbarrechtliches Einwirkungsrecht begründet:

> "Kann der Eigentümer eines Grundstücks das oberirdisch außerhalb eines Wasserlaufs abfließende Wasser durch Anlagen auf seinem Grund und Boden nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Kosten abführen, so ist er berechtigt, von den Eigentümern der tiefer liegenden Grundstücke die Aufnahme des Wassers ohne Entschädigung zu verlangen. Können aber diese Eigentümer das Wasser nicht oder nur mit erheblichen Kosten weiter ableiten, so sind sie zur Aufnahme nur gegen Entschädigung und nur dann verpflichtet, wenn der Vorteil für den Eigentümer des höher liegenden Grundstücks erheblich größer ist als ihr Schaden."

Bei dem Zwangsrecht des § 330 prWG handelt es sich allerdings - nach der gesetzlichen Konstruktion - nicht um eine Art Immissionsbefugnis wie in § 906 BGB und § 26 GewO. Das Recht des Oberliegers richtet sich rechtstechnisch vielmehr zunächst nur auf die Einräumung eines Rechtes auf Zuleitung der wild abfließenden Wasser. In der Konstruktion ist das dem Anspruch auf Einräumung des Notwegrechtes ähnlich. Ein Unterschied besteht nur darin, daß das Recht aus § 917 BGB vor den Zivilgerichten geltend zu machen ist, das Recht aus § 330 prWG dagegen vor Verwaltungsbehörden, vgl. § 340 prWG.

Ein "unmittelbares" Recht zur Aufnahme wild abfließenden Wassers - also ohne den "Umweg" über die Einräumung

eines dienstbarkeitsähnlichen Zwangsrechtes - gibt aber § 198 Abs.2 prWG: Hier ist für einige Teilgebiete aus dem Geltungsbereich des prWG ausgesprochen, daß der Eigentümer eines landwirtschaftlich benutzten Grundstücks verpflichtet ist, "den infolge der natürlichen Bodenverhältnisse stattfindenden Wasserablauf von einem anderen landwirtschaftlich benutzten Grundstück zu dulden." Dies ist kein Zwangsrecht, sondern ein ohne Zwischenschaltung eines besonderen gerichtlichen oder behördlichen Verfahrens bestehendes "unmittelbares" Einwirkungsrecht.

Dann ist aber nicht einzusehen, warum das Zwangsrecht des § 330 prWG und die anderen Zwangsrechte nur wegen der Zwischenschaltung eines obrigkeitlichen Verfahrens materiell etwas anderes sein sollen als ebenfalls private gesetzliche Einwirkungsrechte.

Ganz unproblematisch ist das freilich nicht; H o l t z - K r e u t z - S c h l e g e l b e r g e r [1] sprechen z.B. davon, das Recht auf Vorflut sei "ein Enteignungsrecht im weiteren Sinne." Diese Problematik wird, da sie auch noch in anderen hier zu behandelnden Fällen vorliegt und eng mit dem Problem der bergrechtlichen Grundabtretung zusammenhängt, noch in einem besonderen Abschnitt dieser Untersuchung behandelt werden[2].

Als weitere Zwangsrechte sind zunächst die der §§ 333 und 334 prWG zu erwähnen.

§ 333 S.1 prWG lautet:

"Der Eigentümer oder Nutzungsberechtigte eines Ufergrundstücks kann für die Zwecke der eigenen Haushaltung und Wirtschaft von dem Eigentümer eines natürlichen Wasserlaufs verlangen, daß er die Einrichtung von Treppen, Brücken, Bootshäusern, Wascheinrichtungen, Haltepfählen oder ähnlichen Einrichtungen einfacher Art gegen Entschädigung dulde."

§ 334 prWG lautet:

"Will der Eigentümer oder Nutzungsberechtigte auf Grund eines ihm verliehenen Rechtes eine Stauan-

---

1) § 330 Anm.10, S.342

2) vgl.u., S.87 ff.

lage errichten, so kann er von den Eigentümern der gegenüberliegenden Ufergrundstücke verlangen, daß sie den Anschluß an diese gegen Entschädigung gestatten."

Gegenüber § 330 prWG bestehen hier keine im vorliegenden Zusammenhang erheblichen Unterschiede.

Ein beachtlicher Unterschied besteht jedoch zu den Zwangsrechten der §§ 331 und 332 prWG: Waren es in den bisher erwähnten Fällen stets Grundeigentümer, denen das Gesetz einen Anspruch auf Einräumung von Duldungsrechten gab, steht in §§ 331 und 332 prWG dieser Anspruch bestimmten Arten von Unternehmen zu[1]. Im einzelnen handelt es sich um folgende Fälle:

"Zugunsten eines Unternehmens, das die Entwässerung von Grundstücken, die Beseitigung von Abwässern oder die bessere Ausnutzung einer Triebwerkanlage bezweckt, kann der Unternehmer von den Eigentümern eines Wasserlaufs sowie von den Eigentümern der zur Durchführung des Unternehmens erforderlichen Grundstücke verlangen, daß sie die zur Herbeiführung eines besseren Wasserabflusses dienenden Veränderungen des Wasserlaufs (Vertiefungen, Verbreiterungen, Durchstiche, Verlegungen) gegen Entschädigung dulden, wenn das Unternehmen anders nicht zweckmäßig oder nur mit erheblichen Mehrkosten durchgeführt werden kann und der davon zu erwartende Nutzen den Schaden des Betroffenen erheblich übersteigt" (§ 331 Abs.1 prWG).

"Zugunsten eines Unternehmens, das die Entwässerung oder Bewässerung von Grundstücken, die Wasserbeschaffung zu häuslichen oder gewerblichen Zwekken oder die Beseitigung von Abwässern bezweckt, kann der Unternehmer unter den Voraussetzungen des § 331 Abs.1 von den Eigentümern der dazu erforderlichen Grundstücke verlangen, daß sie die oberirdische oder unterirdische Durchleitung von Wasser und die Unterhaltung der Leitungen gegen Entschädigung dulden. Vorstehende Bestimmung ist auch gegen den Eigentümer eines Wasserlaufs anzuwenden.

Ein auf Grund des Abs.1 erhobener Anspruch kann zurückgewiesen werden, wenn durch das Unternehmen wichtige öffentliche Interessen geschädigt werden würden." (§ 332 Abs.1 u. 3 prWG)

Es ist offensichtlich, daß in diesen Fällen zumindest starke Ähnlichkeiten mit der Enteignung vorliegen, wenn

---

1) Die Frage, warum dieser Unterschied erheblich ist, kann allerdings erst später erörtert werden (vgl. u. S.117 ff).

sie auch vom prWG offenbar nicht als solche verstanden worden sind, was sich daraus ergibt, daß nur in den Fällen der §§ 292, 290 prWG auf das pr.Enteignungsgesetz von 1874 Bezug genommen wird.

Die Parallele zur Grundabtretung liegt auf der Hand. Die Problematik wird im einzelnen in einem späteren Abschnitt zu behandeln sein[1]. Hier sei nur darauf hingewiesen, daß sich eine weitere Parallele zur Grundabtretung auch aus § 336 prWG ergibt: Nach dieser Bestimmung kann in den Fällen der §§ 331, 332, 334, 335 prWG der Grundeigentümer verlangen, daß der Unternehmer an Stelle des Benutzungsrechtes das Eigentum an dem erforderlichen Grund und Boden gegen Entschädigung erwirbt.

b) Neues Wasserrecht[2]

WHG und nwWG kennen wie das prWG Ausgleichung und Zwangsrechte. Die "Verleihung" nach dem prWG taucht im neuen Wasserrecht unter dem Namen Bewilligung wieder auf.

aa) Bewilligung

Auszugehen ist wieder von dem grundsätzlichen Umfang der Eigentümerbefugnisse: Nach § 24 Abs.1 WHG darf der Eigentümer ein oberirdisches Gewässer für den eigenen Bedarf benutzen (was unter "benutzen" fällt, ist in § 3 Abs.1 WHG bestimmt), wenn dadurch andere nicht beeinträchtigt werden und keine Beeinträchtigung des Wasserhaushalts zu erwarten ist. Gegenüber dem prWG ist daran im wesentlichen nur das Verbot der Beeinträchtigung des Wasserhaushalts neu.

Wie im prWG, so bedarf es auch nach dem WHG und dem nwWG zur Befreiung von diesem engen Rahmen einer beson-

---

1) vgl.u., S. 87 ff.

2) Die Darstellung berücksichtigt das WHG, das nwWG und das ndsWG; auf die Berücksichtigung der übrigen Landeswassergesetze wird verzichtet, weil die wasserrechtlichen Erörterungen im Rahmen der vorliegenden Untersuchung sonst unangemessen breit würden.

deren Verleihung, der Bewilligung, neben die nach §§ 2 Abs.1, 7 WHG allerdings noch die Erlaubnis getreten ist. Diese wird hier nicht behandelt. -

Wie gem. § 50 prWG soll bei Erteilung der Bewilligung durch Auflagen verhindert werden, daß Rechte Dritter beeinträchtigt werden, § 8 Abs.3 S.1 WHG. "Ist dies nicht möglich, so darf die Bewilligung gleichwohl aus Gründen des Wohls der Allgemeinheit erteilt werden." Hierin liegt ein wesentlicher Unterschied zu der Regelung des § 50 Abs.2 prWG. Dort konnte die Verleihung bei Beeinträchtigung Dritter ohne das Vorliegen von Gründen "des Wohls der Allgemeinheit" erteilt werden. An die Stelle dieses Merkmals trat die Voraussetzung, daß der aus der Verleihung "zu erwartende Nutzen den Schaden des Widersprechenden (= Betroffenen) erheblich übersteigt." Diese Abwägung zwischen den Vorzügen und den Nachteilen der interessierten privaten Beteiligten ist im WHG also ersetzt durch eine Abwägung zwischen dem Interesse des "Wohls der Allgemeinheit" an der Verleihung und dem Nachteil des Betroffenen.

Das deutet sehr darauf hin, daß aus der privatrechtlichen - nachbarrechtlichen - Regelung des § 50 prWG in § 8 WHG eine öffentlich-(enteignungs-)rechtliche Regelung geworden ist.

bb) Ausgleichungsverfahren

Das Ausgleichungsverfahren der §§ 87 ff prWG ist im neuen Recht im wesentlichen erhalten geblieben, vgl. §§ 18 WHG, 21 nwWG. Es gilt auch hier das oben[1]) Gesagte.

cc) Zwangsrechte

Die Zwangsrechte sind im WHG nicht erwähnt. Sie finden sich aber in §§ 85 ff nwWG:

§ 85 nwWG behandelt zunächst ein dem prWG unbekanntes

---

1) S.65

Zwangsrecht: Eigentümer und Nutzungsberechtigte können verpflichtet werden, gewässerkundliche Maßnahmen (Errichtung und Betrieb von Meßanlagen) zu dulden. Dieses Recht kann zugunsten beliebiger Personen begründet werden, die Gewässerkunde betreiben, etwa einer Hochschule, aber auch zugunsten Privater[1].

§ 86 nwWG entspricht in etwa § 331 prWG[2]. Als zusätzliches Erfordernis für die Erteilung des Zwangsrechtes wird das Vorliegen des "Wohls der Allgemeinheit" gefordert, § 86 Abs.2 nwWG. Hinzuweisen ist auf einen Unterschied in der Formulierung: § 331 Abs.1 prWG sagt: "... der Unternehmer kann von den Eigentümern verlangen, daß sie ... dulden." § 86 Abs.1 nwWG formuliert dagegen: "Zugunsten eines Unternehmens ... können die Eigentümer ... verpflichtet werden, ... zu dulden." Das prWG sprach also von einem Anspruch des Unternehmers auf Duldung, der dann, so könnte man sagen, durch ein Zwangsrecht verdinglicht wurde. Das nwWG dagegen spricht von einem Recht des Staates, den Eigentümer zur Duldung einer Einwirkung des Unternehmens zu verpflichten.

Erwähnenswert ist Abs.2 dieser Vorschrift:

> "Absatz 1 gilt nur, wenn das Unternehmen anders nicht zweckmäßig oder nur mit erheblichen Mehrkosten durchgeführt werden kann, der von dem Unternehmen zu erwartende Nutzen den Schaden der Betroffenen erheblich übersteigt und das Wohl der Allgemeinheit nicht entgegensteht."

Hier zeigen sich Ähnlichkeiten sowohl mit der Grundabtretung als auch mit dem alten Wasserrecht, aber auch mit der Enteignung.

Das nwWG kennt jedoch nicht nur Zwangsrechte zugunsten von Unternehmen, sondern auch Zwangsrechte zugunsten der aufgrund einer Erlaubnis oder Bewilligung Berechtigten. So bestimmt § 87 Abs.1, 2 nwWG:

---

1) so auch Burghartz, Anm.2 zu § 85 nwWG
2) vgl. o., S. 69.

"Zugunsten der auf einer Erlaubnis oder Bewilligung beruhenden Benutzung eines oberirdischen Gewässers, die der Gewässerbenutzer nicht schon nach § 12 zu dulden hat, können der Eigentümer und der Nutzungsberechtigte des Gewässers verpflichtet werden, die Benutzung des Gewässers zu dulden. § 86 Abs.2 gilt sinngemäß."

In diesen Rahmen gehört auch das Zwangsrecht des § 88 nwWG:

"Will jemand auf Grund einer Erlaubnis oder Bewilligung eine Stauanlage errichten, so können die Anlieger verpflichtet werden, den Anschluß zu dulden, soweit er die Ufergrundstücke nur unwesentlich beeinträchtigt."

Ob und inwieweit hier enteignungsrechtliche Vorschriften vorliegen - was angesichts der öffentlich-rechtlichen Konstruktionen des nwWG kein Überraschendes Ergebnis wäre - oder private gesetzliche Einwirkungsrechte, kann hier noch nicht entschieden werden. Festzustellen ist einstweilen allerdings schon, daß sich der Gesetzgeber anscheinend selbst nicht über diese Fragen klar war: Wenn er angenommen hätte, er schaffe enteignungsrechtliche Normen, hätte in § 86 Abs.2 nwWG das Wohl der Allgemeinheit (= öffentliches Interesse) positiv als Tatbestandsmerkmal begründet werden müssen und nicht negativ als ein Merkmal, das ausnahmsweise entgegenstehen könnte.

Die weiteren Zwangsrechte des nwWG sind ähnlich wie das des § 86 konstruiert und brauchen hier nicht beschrieben zu werden.

Bemerkenswert ist, daß das ndsWG im Gegensatz zum nwWG die Zwangsrechte des prWG mit nur unwesentlichen Änderungen übernommen hat. Das gilt insbesondere von § 123 ndsWG, der fast wörtlich mit § 330 prWG[1)] übereinstimmt, also einen Duldungsanspruch des Unternehmers formuliert, der durch die Verleihung des Zwangsrechtes "verdinglicht" wird. Dasselbe gilt auch von den übrigen Zwangsrechten im ndsWG, vgl. §§ 124 ff. In der dem § 331

---

1) vgl. o., S.67

prWG[1]) entsprechenden Vorschrift des §124 ndsWG ist als zusätzliche Voraussetzung für die Verleihung allerdings erwähnt, daß "keine wasserwirtschaftlichen Nachteile zu erwarten sind."

3. Einwirkungsbefugnisse im Recht des "geistigen Eigentums"

Während bisher ausschließlich Einwirkungsrechte behandelt worden sind, die Einwirkungen auf Sacheigentum zum Gegenstand hatten, ist im folgenden zu zeigen, daß es bezüglich anderer geschützter eigentumsähnlicher Rechte ebenfalls derartige Einwirkungsrechte gibt.

Hier geht es zunächst um zwei Fälle solcher Einwirkungsrechte im "Recht des geistigen Eigentums"; es handelt sich um die sog. "Zwangslizenzen".

a) Die Zwangslizenzen nach §§ 22, 22a LUG

§ 22 Abs.1 S.1, 1.Halbs. LUG lautet:

> "Gestattet der Urheber eines Werkes der Tonkunst einem anderen, das Werk zum Zwecke der mechanischen Wiedergabe gewerbsmäßig zu vervielfältigen[2]), so kann, ..., jeder Dritte, ..., verlangen, daß ihm der Urheber gegen eine angemessene Vergütung gleichfalls eine solche Erlaubnis erteile."

Gehört zu der Komposition ein Text, so gilt gem. § 22 Abs.2 LUG von diesem Text dasselbe mit der Maßgabe, daß hinsichtlich des Textes nicht der Textdichter, sondern ebenfalls der Komponist zur Erteilung der Erlaubnis berechtigt und verpflichtet ist.

Nach §§ 22a Abs.1 LUG dürfen Schallplatten, die aufgrund einer Lizenz nach § 22 LUG hergestellt sind, ohne weitere Zustimmung von Komponist und Textautor öffentlich aufgeführt werden.

Es kann nicht bezweifelt werden, daß hier ein Recht begründet wird, auf das Urheberrecht des Autors einzuwirken. Dieses Recht wird nicht dem Staat zuerkannt.

---

1) vgl. o., S. 69.

2) Hauptanwendungsfall: Schallplatten.

Auch wird nicht ein Unternehmer mit Enteignungsrecht "beliehen". Es wird vielmehr eine private Einwirkungsbefugnis zugunsten beliebiger Interessenten geschaffen, also ein privates gesetzliches Einwirkungsrecht.

Nun ist allerdings verschiedentlich behauptet worden, hier liege eine Enteignung vor. Diese Meinung findet sich im wesentlichen bei L i e r m a n n [1] und S c h u l z e [2], wird aber auch von anderen Autoren angedeutet[3], wenn sie auch in den größeren urheberrechtlichen Werken nicht einmal erwähnt wird. Liermann[4] behauptet, bei der Zwangslizenz nach dem LUG liege eine Legalenteignung vor, die Enteignung werde nicht durch Verwaltungsakt, sondern durch Gesetz vollzogen. Es handle sich um ein "eigentumsänderndes Gesetz", das Inhalt und Schranken des Eigentums unmittelbar bestimme, ohne daß es eines weiteren administrativen Vollzuges bedürfe.

Das ist nicht richtig. Die im Jahre 1910 geschaffenen §§ 22, 22a LUG können nicht Urheberrechte enteignen, die nach Inkrafttreten dieser Vorschriften überhaupt erst entstanden sind. Allenfalls käme eine Enteignung der 1910 bestehenden Urheberrechte in Frage. Von einer Legalenteignung kann nach allgemeiner Meinung nur gesprochen werden, wenn der Eingriff in das Eigentum unmittelbar durch das Inkrafttreten des Gesetzes erfolgt[5]. Davon kann bei einem nach 1910 entstandenen Urheberrecht nicht die Rede sein.

---

1) in: Schriftenreihe der internationalen Gesellschaft für Urheberrecht, Heft 11, S.7 ff.

2) S.12 ff.

3) vgl. Lehmann in: Schriftenreihe der internationalen Gesellschaft für Urheberrecht, Heft 2, S.7 ff (14); Ermecke, Schriftenreihe d.intern.Ges.f.Urh.R., Heft 2, S.17 ff (34); Büchen, Schriftenreihe d.intern.Ges. f.Urh.R. Heft 5, S.75 ff (79).

4) aaO, S.16 ff.

5) so z.B. v.Mangoldt-Klein, Art.14 Anm.VII 7 c, S.447 - ein anderer Satz dieser Stelle wird von Liermann selbst zitiert! -; Huber II, S.52.

Bei S c h u l z e [2] wird nicht klar, ob er eine Legalenteignung annimmt oder ob er in §§ 22, 22a LUG Normen sieht, die eine Enteignung gestatten. Davon abgesehen geht er bei der Prüfung der Frage, ob Enteignung vorliegt, falsch vor und beantwortet diese Frage, genau betrachtet, überhaupt nicht: Er geht[2] davon aus, daß eine Enteignung nur zum Wohl der Allgemeinheit zulässig ist und prüft dann, ob das Zwangsrecht des LUG dem Wohle der Allgemeinheit dient. Das verneint er - m.E. völlig zu Recht[3]; ebenso richtig ist angesichts Art.14 Abs.III S.1 GG der Satz, daß eine Enteignung nur zum Wohl der Allgemeinheit zulässig ist. Es genügt aber doch deswegen nicht festzustellen, daß §§ 22, 22a LUG nicht dem Wohl der Allgemeinheit dienen, wenn man das Vorliegen einer Enteignung feststellen will. Schulze stellt praktisch nur fest, daß eine Enteignung, wenn sie vorläge, unzulässig wäre. Ob sie vorliegt, wird nirgends geprüft.

In Wirklichkeit haben die §§ 22, 22a LUG mit einer Enteignung nichts zu tun[4]. Eine Legalenteignung liegt nicht vor, wie bereits oben[5] bewiesen. Es liegt aber auch keine Administrativenteignung vor[6]: Es fehlt einfach am hoheitlichen Eingriff. Die Zwangslizenz ist nach dem eindeutigen Wortlaut von § 22 LUG konstruiert als ein privatrechtlicher Anspruch eines Unternehmers auf Lizenzerteilung, nicht als Hoheitsrecht des Staates.

---

1) aaO.

2) aaO., S.19.

3) Es dient offensichtlich nur der Schallplattenindustrie; das wird allgemein anerkannt und ergibt sich eindeutig aus der Entstehungsgeschichte, vgl. Schulze aaO, S.14/15 und Anhang; Liermann, aaO, s.11-15; Lehmann, aaO, S.12; Ulmer, § 54 I 2,S.256; RGZ 134,205 ff.

4) Die Frage, ob sie nicht trotzdem an Art.24 GG - und zwar an Abs.1, nicht an Abs.3 - zu messen sind, wird erst später erörtert, vgl.u., S.101 ff.

5) S.74 ff.

6) Im Ergebnis ebenso: Weber, Urheberrecht und Verfassung, S.18.

Die Zwangslizenz der §§ 22, 22a LUG ist daher ein weiterer Fall eines privaten gesetzlichen Einwirkungsrechtes.

b) Die Zwangslizenz nach § 15 PatG

Auch das PatG kennt das Institut der Zwangslizenz. Obwohl dieses Institut nur ein Jahr nach der Zwangslizenz des LUG geschaffen worden ist - also im Jahre 1911 -, unterscheidet es sich zumindest nach seiner gesetzlichen Formulierung deutlich von dieser: Während dort formuliert ist

> "... kann ... jeder Dritte ... verlangen, ... daß ihm der Urheber eine solche Erlaubnis erteile",

heißt es in § 15 Abs.1 S.1 PatG:

> "Weigert sich der Patentinhaber, die Benutzung der Erfindung einem anderen zu gestatten, ... so ist diesem die Befugnis zur Benutzung zuzusprechen (Zwangslizenz), wenn ..."

Das LUG formuliert also so, als wenn ein Anspruch des Unternehmers gegen den Patentinhaber bestehe, das PatG dagegen erwähnt einen solchen Anspruch nicht, sondern spricht nur davon, wie gegen den Patentinhaber vorzugehen ist, wenn er sich weigert, einem Dritten die Benutzung des Patents zu gestatten: Dem Interessenten "ist die Befugnis zur Benutzung zuzusprechen". Das deutet darauf hin, daß hier eine staatliche Befugnis zur Beeinträchtigung des Patentrechtes begründet wird. Dieser Eindruck verstärkt sich, wenn man beachtet, daß der Interessent gegen den Patentinhaber nicht vor dem ordentlichen Gericht auf Erteilung der Zwangslizenz klagen kann, sondern einen Antrag bei dem Patentamt stellen muß, das dann seinerseits gegen den Inhaber ein Verfahren wegen Erteilung der Zwangslizenz einleitet, vgl. § 37 PatG. -

Ein anderer wichtiger Unterschied zwischen § 22 LUG und § 15 PatG besteht darin, daß es im PatG heißt, die Zwangslizenz werde nur erteilt, wenn sie "im öffentlichen Interesse geboten" sei. Im LUG fehlt ein ähnlicher Vorbehalt.

Das alles deutet stark darauf hin, daß § 15 PatG kein privates, sondern ein hoheitliches Eingriffsrecht begründet, also eine Enteignung zuläßt[1]. Selbstverständlich ist das aber auf keinen Fall; nicht etwa, weil vielleicht kein Sonderopfer auferlegt würde oder ein anderes Merkmal irgendeiner Enteignungstheorie nicht paßte, sondern weil denkbar ist, daß sich auch hier nur ein privates Einwirkungsrecht durchsetzt. Das wäre zwar prozessual eine eigenartige Konstruktion, aber warum sollte dem Gesetzgeber nicht möglich sein, für die Durchsetzung privater Rechte ein derartiges Verfahren zu schaffen? Warum sollte ein Gesetz aus dem Jahre 1911 nicht auch einmal eine solche Konstruktion geschaffen haben? Die Besonderheit des Verfahrens kann jedenfalls nicht allein die Antwort darauf geben, welche Art von Recht sich in dem betreffenden Verfahren verwirklicht. Seine Rechtsnatur wird nicht davon beeinflußt, wie der Gesetzgeber seine Durchsetzbarkeit geregelt hat[2].

Auch die Tatsache, daß die Zwangslizenz nach § 15 PatG nur zu erlangen ist, wenn für ihre Erteilung ein öffentliches Interesse besteht, zwingt nicht zu dem Schluß, daß hier eine Enteignung vorliegt. Sollte es dem Gesetzgeber nicht möglich sein, auch privatrechtliche Ansprüche zu schaffen, bei denen das öffentliche Interesse eine Rolle spielt, Ansprüche also, bei denen das öffentliche Interesse eines derjenigen Tatbestandsmerkmale ist, bei deren Vorliegen der Anspruch gegeben ist? Diese Frage ist allerdings nicht ohne weiteres zu bejahen. Gesetzestechnisch bestehen zwar vielleicht keine Schwierigkeiten, derartige Ansprüche zu konstruieren. Ob man in solchen Fällen auch noch von Enteignung sprechen könnte, ist sehr zweifelhaft. Man stelle sich nur vor, § 15 PatG würde bestimmen, der Patentsucher hätte - bei Vorliegen öffentlichen Interesses - einen - vor

---

1) So nimmt auch Weber, Urheberrecht und Verfassung, S.18, ohne weiteres an, § 15 PatG sei ein "echter Fall der Enteignung". Ebenso Bullinger, Der Staat 1962, S.475.

2) vgl. auch o., S. 36 ff und insbes. u., S. 94 ff.

dem ordentlichen Gericht zu verfolgenden - Anspruch auf Lizenzerteilung gegen den Patentinhaber. Es bedürfte dann doch zumindest eingehender Untersuchung, ob die Geltendmachung des Anspruchs nicht die Ausübung eines privaten Rechtes wäre und folglich keine Enteignung sein könnte. Nicht weniger problematisch kann diese Frage aber sein, wenn über den Anspruch zunächst kein Gericht, sondern eine Verwaltungsbehörde entscheidet. Und die Probleme fallen auch dann nicht weg, wenn das Gesetz keinen direkten Anspruch gegeben hat, sondern zunächst nur einen Anspruch gegen die Behörde auf Bestellung der Zwangslizenz. Es ist nämlich unmöglich, daß der Gesetzgeber durch derartige äußerliche, vertauschbare Konstruktionen den materiellen Gehalt der getroffenen Regelung ändert. Denn wäre dies möglich, so könnte der Gesetzgeber mit Hilfe einer gesetzestechnischen Konstruktion den Bindungen entgehen, die ihm Art.14 Abs.3 GG auferlegt hat. Diese Fragen müssen daher eingehend untersucht werden, wenn man die Rechtsnatur der Zwangslizenz erklären will. Diese Untersuchung ist an anderer Stelle der Untersuchungen vorzunehmen[1].

Hier genügt die Herausarbeitung der Probleme, um zu beweisen, daß § 15 PatG jedenfalls in den Zusammenhang der vorliegenden Untersuchung gehört.

4. Das private gesetzliche Einwirkungsrecht gem. §§ 9, 15 UmwG (Mehrheitsumwandlung)

Wesentlich einfacher als die Bestimmung der Rechtsnatur der Zwangslizenz nach dem PatG liegt der Fall der sog. Mehrheitsumwandlung im Gesellschaftsrecht. Es handelt sich um die Vorschriften der §§ 1, 15 des Gesetzes über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften und bergrechtlichen Gewerkschaften vom 12. Nov. 1956 (UmwG)[2].

Hiernach gilt folgendes: Nach § 1 UmwG kann eine Kapi-

---

1) vgl. u., S. 87 ff.

2) BGBl.I, 844.

talgesellschaft[1] u.a. in der Weise umgewandelt werden, daß ihr Vermögen unter Ausschluß der Abwicklung auf einen Aktionär übertragen wird.

Solange alle Aktien in einer Hand sind, ist hier nichts Problematisches. Die Umwandlung durch Übertragung des Vermögens auf einen Aktionär ist aber auch möglich, wenn mehrere Aktionäre vorhanden sind. Nun bedarf es in diesem Falle aber nicht etwa einer Willensübereinstimmung aller Aktionäre, vielmehr kann ein Aktionär, der eine Aktienmehrheit von über 75 % besitzt, die Umwandlung, also die Vermögensübertragung auf sich, auch gegen den Willen der Minderheit durchführen. Das ist die sog. Mehrheitsumwandlung, vgl. §§ 15 Abs.1, 9 Abs. 1 UmwG. Sie hat zur Folge, daß der Minderheit durch den Willen des Mehrheitsaktionärs ihr Aktienrecht genommen wird. Das Aktienrecht des Einzelnen erlischt mit der Umwandlung.

Damit ist dem Mehrheitsaktionär die Möglichkeit gegeben, auf das Recht anderer, der Minderheitsaktionäre, einzuwirken, es sogar zum Erlöschen zu bringen. Das ist nicht etwa die Ausübung eines staatlichen Enteignungsrechtes durch den Mehrheitsaktionär, sondern Ausfluß seines ihm durch das Gesetz zugestandenen Rechtes zu einer "Umgestaltung der privatrechtlichen Beziehungen zwischen den Aktionären"[2]. Auch die Entscheidung des Registergerichts über die Eintragung der Umwandlung in das Handelsregister ist kein hoheitlicher Eingriff in das Aktienrecht der Minderheitsaktionäre, denn sie stellt lediglich fest, daß der Eintragung kein rechtliches Hindernis entgegensteht[3]. Auch die Eintragung selbst ist keine Enteignung. Zwar geht gem. §§ 9 Abs.2, 5 S.1 u.2 UmwG mit Eintragung das Vermögen der

---

1) Zur Vereinfachung wird die bergrechtliche Gewerkschaft, bei der dasselbe wie bei den Kapitalgesellschaften gilt, im folgenden nicht erwähnt.

2) so BVerfG NJW 62,1667.

3) so auch BVerfG aaO.

Kapitalgesellschaft auf den Aktionär über, und gleichzeitig ist die Kapitalgesellschaft aufgelöst, also das Aktienrecht der Aktionäre untergegangen. Wollte man aber darin eine Enteignung sehen, so müßte auch jede gegen den Willen des Eigentümers in das Grundbuch eingetragene Auflassungserklärung darauf geprüft werden, ob sie eine Enteignung ist. Derartige Akte sind aber keine Enteignung, wie bereits oben[1] festgestellt. Nichts anderes kann von der Eintragung der Umwandlung im Handelsregister gelten.

Schließlich kann auch die Einräumung der Umwandlungsbefugnis an die Hauptversammlung, praktisch also an den Mehrheitsaktionär, keine Enteignung sein. Eine Legalenteignung - allein diese kommt insoweit in Betracht - liegt deshalb nicht vor, weil das UmwG nicht unmittelbar in das Aktienrecht eingreift. "Es grenzt für den Fall der Umwandlung die Befugnisse zwischen Mehrheit und Minderheit in einer Aktiengesellschaft allgemein ab; eine solche Rechtsetzung ist nicht an sich schon eine Enteignung"[2].

Daraus folgt, daß auch das Recht zur sog. Mehrheitsumwandlung gem. §§ 1, 15 UmwG ein privates Recht zur Einwirkung auf fremdes Eigentum darstellt.

Ob die gesetzgeberischen Erwägungen, die zu dieser Regelung führten, billigenswert sind, ob sie die gesetzliche Regelung rechtfertigen können und ob das zitierte Urteil des BVerfG im Ergebnis richtig ist, braucht hier nicht entschieden zu werden. Wichtig ist zunächst nur folgendes: Die sog. Mehrheitsumwandlung ist keine Enteignung i.S. von Art.14 GG, sie ist vielmehr eine mit dem Aktienrecht verknüpfte privatrechtliche Befugnis; jedenfalls insoweit ist auch dem Urteil des BVerfG[3] beizutreten.

---

1) S. 34 ff.

2) so BVerfG aaO.

3) aaO.

5. Private gesetzliche Einwirkungsrechte im privaten Notstandsrecht

a) Die sog. Verfolgungsrechte, §§ 1005, 867, 962 BGB

Zwei Vorschriften über private gesetzliche Einwirkungsrechte, die gelegentlich beim Nachbarrecht behandelt werden, genau genommen aber nicht dorthin gehören, sind in den §§ 1005 und 867 BGB enthalten. Ist eine Sache aus der Gewalt des Besitzers auf ein in fremdem Besitz stehendes Grundstück gelangt, muß der Grundstücksbesitzer dem Besitzer oder Eigentümer der Sache gestatten, daß er sie aufsucht und abholt (sofern der Grundstücksbesitzer sie noch nicht in Besitz genommen hat). Dieses sog. Verfolgungsrecht darf auch dann ausgeübt werden, wenn das Grundstück dadurch beschädigt wird. Der Grundstücksbesitzer muß die Schädigung dulden, d.h. der Verfolgungsberechtigte hat ein gesetzliches Einwirkungsrecht auf das fremde Grundstück.

Ähnliche Rechte hat nach § 962 BGB der Eigentümer eines Bienenschwarmes.

b) Notstand gem. § 904 BGB

Diese Regelungen sind nur Sondervorschriften der allgemeinen Bestimmung des § 904 BGB. Hiernach darf jemand auf eine fremde Sache einwirken, wenn er dies tun muß, um von sich oder anderen eine gegenwärtige Gefahr abzuwenden und der verhinderte Schaden unverhältnismäßig größer ist als der verursachte.

Ein Sonderfall des Nostandsrechts ist das Notlanderecht des § 25 Abs.2 S.1 LuftVG: Der Führer eines Luftfahrzeuges darf "aus Gründen der Sicherheit" überall landen, auch ohne Zustimmung, ja gegen den erklärten Willen des betroffenen Grundeigentümers.

Es dürfte nicht zu bezweifeln sein, daß auch diese Notstandsrechte eine private gesetzliche Befugnis sind, auf fremdes Eigentum, auf fremde Rechte überhaupt, einzuwirken. Nach fast einhelliger Meinung ist § 904 BGB bei einem Eingriff in andere Rechte als das Sacheigen-

tum analog anzuwenden[1]). -

6. Systematisierung

a) Mittelbare und unmittelbare private gesetzliche Einwirkungsrechte

Überschaut man die einzelnen vorstehend geschilderten Tatbestände, so fällt auf, daß in einigen Fällen, so z.B. bei § 906 BGB, ein Recht zu unmittelbarer Einwirkung besteht, während in anderen Fällen, etwa bei dem Zwangsrecht des § 330 prWG zunächst nur ein Recht auf Einräumung einer Befugnis zur Beeinträchtigung begründet wird. In diesem Fall besteht eine Befugnis zur Beeinträchtigung also nur mittelbar. Der Berechtigte muß, wenn er einwirken will, zunächst den "Umweg" über die Einräumung eines besonderen, dienstbarkeitsähnlichen Rechtes gehen.

Bei Vorliegen einer derartigen gesetzlichen Konstruktion soll im folgenden von "mittelbarem" Einwirkungsrecht gesprochen werden, während die Fälle, in denen ohne diesen Umweg eingewirkt werden darf, als unmittelbare Einwirkungsrechte bezeichnet werden sollen.

U n m i t t e l b a r e Einwirkungsrechte sind demnach die gesamten Rechte aus Notstandssituationen, also die Fälle des § 904 BGB sowie die seiner analogen Anwendung auf andere Rechte, die Fälle der Verfolgungsrechte, §§ 1005, 867, 926 BGB und das Notlanderecht aus § 25 Abs.2 LuftVG.

Unmittelbare Einwirkungsrechte sind ferner begründet in § 906 Abs.1 und 2, § 26 GewO bei Einwirkungsbefugnissen aus dem Gedanken des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses[2]), bei der sog. zivilrechtlichen Aufopferung[3]) sowie beim Überbaurecht.

---

1) vgl. z.B.: Staudinger-Seufert § 904 Anm.4; Heck § 49 Nr.10; Ballerstedt, JZ 51,228; Westermann § 28 III 1; Baur § 25 III 1e; a.A. RGRK-Pritsch § 904 Anm.2.

2) vgl. o., S. 56 ff.

3) vgl. o., S. 49 ff.

Ferner gehören aus dem Wasserrecht hierhin die Einwirkungsbefugnisse aus verliehenen Benutzungsrechten gem. §§ 46 ff prWG und § 8 WHG[1] sowie die Einwirkungsbefugnis aus § 198 Abs.2 prWG[2].

Zu den m i t t e l b a r e n Einwirkungsrechten dagegen gehören die Zwangsrechte nach den Wassergesetzen, §§ 330 ff prWG[3], 85 ff nwWG[4], 123 ff ndsWG[5] sowie die wasserrechtliche Ausgleichung[6], §§ 87 ff prWG, 18 WHG.

Ferner gehören zu den mittelbaren Einwirkungsrechten die Zwangslizenzen[7] der §§ 22 LUG, 15 PatG.

Z w e i f e l h a f t ist die Einordnung des Notwegrechtes gem. § 917 BGB. Es wird vielfach behauptet, § 917 BGB gebe unmittelbar ein Recht auf Zugang zum öffentlichen Weg[8] mit der Folge, daß der Nachbar rechtswidrig handle, wenn er sich gegen die Benutzung seines Grundstücks durch den Notwegberechtigten wehrt. Hiernach kann das Notwegrecht also sogar im Wege der Selbsthilfe durchgesetzt werden. Ein solches Recht zur Selbstdurchsetzung des Notwegrechtes verneint dagegen W e s t e r m a n n [9], und zwar auch für den Fall, daß Umfang und Richtung des Notweges bereits durch die örtlichen Verhältnisse konkretisiert sind. Andererseits

---

1) vgl. o., S. 62 ff, 71

2) vgl. o., S. 68

3) vgl. o., S. 67

4) vgl. o., S. 72,73

5) vgl. o., S. 74

6) vgl. o., S. 65 f, 72

7) vgl. o., S. 74 ff

8) Diese Meinung vertreten: Staudinger-Seufert § 917 Rdn.2 und 44; Wolff-Raiser § 56 II, der allerdings unterscheidet, ob Richtung und Umfang von vornherein klar sind (dann unmittelbares Benutzungsrecht) oder ob mehrere objektiv gleich geeignete Möglichkeiten bestehen (dann vorherige Konkretisierung durch Vertrag oder Urteil erforderlich); Meisner-Stern-Hodes § 27 II 4; Buch,S.82; Figge,S.412 (allerdings ohne jedes Eingehen auf die Problematik).

9) Sachenrecht § 65 III 2; Erman-Westermann § 917 Anm.3

spricht aber auch Westermann[1] davon, es bestehe eine Pflicht zur Duldung, nicht zunächst nur zur Einräumung eines Notwegrechtes als Grunddienstbarkeit. Es besteht hier also jedenfalls Einigkeit darüber, daß es sich beim Notwegrecht nicht um eine Konstruktion wie die bei § 330 prWG handelt, wo dem Berechtigten zunächst nur ein Anspruch auf Einräumung einer Einwirkungsbefugnis zusteht, nicht aber bereits diese Einwirkungsbefugnis selbst. Bei § 917 BGB ist vielmehr nach allen zitierten Meinungen unmittelbar eine Einwirkungsbefugnis gegeben. Das Notwegrecht gehört also zu den unmittelbaren Einwirkungsrechten. Der Streit in der Literatur geht nur darum, ob der Rechtsinhaber ein Recht hat, dieses Notwegrecht unmittelbar selbst durchzusetzen, ob er also ein Selbsthilferecht hat oder ob er zur Durchsetzung obrigkeitliche Hilfe in Anspruch nehmen muß. Wie dieser Streit zu entscheiden ist, interessiert im Rahmen der vorliegenden Untersuchung nicht. Erwähnenswert ist jedoch die Erkenntnis, daß man bei derartigen unmittelbaren Einwirkungsrechten unterscheiden kann zwischen solchen, die mit Selbsthilferecht ausgestattet sind und solchen, bei denen das nicht der Fall ist, und daß letztere mit den mittelbaren Einwirkungsrechten nicht identisch sind.

Völlig umdenken muß man, wenn man die Mehrheitsumwandlung gem. §§ 9, 15 UmwG in das entwickelte System einordnen will: Hier geht es nicht um die Einwirkung auf Sachen, sondern auf Rechte. Das gibt auch der Einwirkung selbst eine neue Gestalt.

Zunächst ist sogar unklar, wen man hier überhaupt als Einwirkungsberechtigten bezeichnen soll. Denn die Befugnis steht genau genommen nicht einem Mehrheitsaktionär zu, auch nicht der qualifizierten Mehrheit insgesamt, auch nicht dem Aktionär, dem das Vermögen der umzuwandelnden Gesellschaft übertragen werden soll, sondern dieser Gesellschaft selbst. Indem die Hauptver-

---

1) Erman-Westermann aaO.

sammlung mit qualifizierter Mehrheit die Umwandlung beschließt, handelt die Gesellschaft selbst; sie löst sich selbst auf. Insofern könnte man nicht einmal mehr von einem Einwirkungsrecht sprechen.

Aber es geht hier nicht nur um die umzuwandelnde Gesellschaft, sondern auch um die Aktienrechte der Minderheitsaktionäre, die gegen deren Willen untergehen. Daß dies durch Einwirkung der Mehrheitsaktionäre geschieht, kann nicht zweifelhaft sein.

Erfolgt diese Einwirkung mittelbar oder unmittelbar? Die eingeschalteten Hoheitsakte sind nicht von der Art, daß man sagen könnte, sie bewirkten die Einwirkung oder räumten eine Einwirkungsbefugnis erst ein. Der Beschluß des Registerrichters, den Umwandlungsbeschluß einzutragen, und diese Eintragung selbst sind nur Formerfordernisse für den den Mehrheitswillen enthaltenden Beschluß der Hauptversammlung. Deshalb muß man die Rechte der qualifizierten Mehrheit bei der Mehrheitsumwandlung als unmittelbare Einwirkungsrechte bezeichnen.

Das mag bei der Kompliziertheit des Umwandlungsverfahrens überraschen. Dieses Verfahren ist aber nur die an besondere Formen gebundene Ausübung der Rechte der Mehrheit.

b) Selbständige und unselbständige Einwirkungsrechte

Eine weitere wichtige Einteilung der Einwirkungsrechte ist die in "selbständige" und "unselbständige".

Unselbständig ist ein Einwirkungsrecht, wenn es nur Ausfluß eines anderen, umfassenderen Rechtes ist, in den meisten Fällen also Ausfluß des Eigentums.

Selbständig ist ein Einwirkungsrecht, wenn es ohne Anlehnung an ein anderes, umfassenderes Recht besteht (was nicht heißt, daß es selbständig übertragbar ist).

Zu den unselbständigen Einwirkungsrechten zählen alle nachbarrechtlichen Einwirkungsbefugnisse: Die Rechte aus §§ 906, 912, 917 BGB, aus § 26 GewO und aus §§ 330, 333, 334 prWG sind unselbständige Einwirkungsbefugnisse,

weil sie unlösbar mit dem Eigentum verbunden sind (wenn sie auch oft von Pächtern, Nießbrauchern oder anderen Besitzern ausgeübt werden).

Der Unterschied zu den selbständigen Einwirkungsbefugnissen wird besonders im Wasserrecht deutlich: Die Zwangsrechte der §§ 330, 333, 334 prWG gehören, wie gesagt, zu den unselbständigen Einwirkungsbefugnissen. Man findet bei ihnen die typische Formulierung: "Der Eigentümer oder Nutzungsberechtigte kann verlangen ...". Anders die Zwangsrechte der §§ 331, 332 prWG: Diese sind nicht mit einem Eigentum oder einer Nutzungsbefugnis verbunden, vielmehr kann sie jeder Unternehmer, der eine bestimmte Art von Vorhaben betreibt oder betreiben will, für sich beanspruchen.

Der Berechtigte bestimmt sich also bei den unselbständigen Einwirkungsrechten nach der Innehabung eines bestimmten Rechtes; das Einwirkungsrecht ist mit diesem unlösbar verknüpft, so daß man sagen muß, e s i s t I n h a l t d e s E i g e n t u m s .

Bei den selbständigen Einwirkungsrechten dagegen wird der Berechtigte bestimmt durch seine persönlichen Absichten; er muß ein bestimmtes Vorhaben planen.

Selbständige Einwirkungsrechte sind daher außer den Rechten aus §§ 331, 332 prWG (zugunsten von Unternehmern, die bestimmte wasserwirtschaftliche Vorhaben planen) noch die Zwangslizenzen aus §§ 22 LUG, 15 PatG: Das Recht auf Lizenzerteilung und Beeinträchtigung des "geistigen Eigentums" ist nicht Ausfluß irgendeines anderen, umfassenderen Rechtes, sondern setzt nur eine bestimmte Absicht des Lizenzsuchers voraus.

B. Die Problematik der privaten gesetzlichen Einwirkungsrechte im Hinblick auf Art. 14 GG

1. Der Unterschied zwischen Ausübung von privaten gesetzlichen Einwirkungsrechten und Enteignung

Einfach ist der Beweis, daß die u n m i t t e l b a -

r e n [1] privaten gesetzlichen Einwirkungsrechte etwas anderes sind als Enteignung (genau gesagt: daß ihre Ausübung nicht zu einer Enteignung führt):

Die Notstandsrechte (§§ 904, 1005, 867, 962 BGB, 25 Abs.2 LuftVG) setzen sich durch, ohne daß dabei ein Hoheitsakt eingeschaltet ist. Dasselbe gilt von dem Immissionsrecht des § 906 BGB. Es darf ohne Zwischenschaltung eines Hoheitsaktes immittiert werden. Enteignung ohne Hoheitsakt ist aber nicht möglich.

Nicht wegzudiskutieren ist die Tatsache, daß die m i t t e l b a r e n [1] Einwirkungsrechte sich dem Betroffenen gegenüber mittels eines Hoheitsaktes, meist mittels einer behördlichen Entscheidung durchsetzen: Die wasserrechtliche Ausgleichung, die Zwangsrechte, die Zwangslizenzen, - all diese Rechte werden verwirklicht, indem Behörde oder Gericht die betreffenden Rechte bestellen. Wie, so muß man fragen, unterscheidet sich hier die hoheitliche Einräumung von Rechten noch von einer Enteignung? In allen diesen Fällen hat ja der Berechtigte nicht einen Anspruch darauf, daß der Verpflichtete eine Beeinträchtigung seiner Rechte dulde, sondern darauf, daß dieser ihm eine Beeinträchtigungsbefugnis einräume.

Alle erwähnten Fälle ließen sich in der Tat auch als Enteignung auffassen. Man müßte dazu nur den Enteignungsbegriff weit genug fassen, etwa so: "Enteignung ist jeder hoheitliche Eingriff in Eigentum oder eigentumsähnliche Rechte, der den Betroffenen ungleich trifft" (oder: ... "der unzumutbar ist"; oder: ... "der eine Zweckänderung bezüglich des in Anspruch genommenen Rechtes erzwingt"; oder: "... der den in Anspruch genommenen Gegenstand der Privatnützigkeit entzieht").

Welche der möglichen Formulierungen man nimmt, ist im vorliegenden Zusammenhang belanglos. In allen Fällen

---

1) Zu den Begriffen mittelbares und unmittelbares Einwirkungsrecht vgl.o., S. 83 ff.

würde die Anwendung der Begriffsbestimmung auf die Fälle der mittelbaren Einwirkungsrechte dazu führen, daß man sie als Enteignung ansehen müßte. Falls man nämlich in diesen Fällen nur prüft, ob die Grenze zwischen - entschädigungsfreier - Sozialbindung und Enteignung überschritten ist, wird man stets zu dem Ergebnis kommen müssen, daß Enteignung vorliegt. Wenn man nur diese beiden Alternativen sieht, wenn man also etwa sagt: "Jede verfassungskonforme Gesetzesbestimmung, die das Eigentum berührt, muß eine Enteignung oder eine Eigentumsbindung sein, eine dritte Möglichkeit gibt es nicht"[1], dann kann man sich in diesen Fällen nur für die erste Alternative entscheiden. Denn in allen Fällen erlegt ein hoheitlicher Eingriff (Gerichtsurteil oder -beschluss, bzw. behördliche Entscheidung) dem Betroffenen etwas auf, das er freiwillig nicht erfüllen wollte; folglich liegt ein enteignender Eingriff vor. Dann müßte man sogar Notwegrecht und Mehrheitsumwandlung als Enteignung ansehen[2].

Versuche, diese überraschende Folge schlüssig zu widerlegen, würden also scheitern, wenn sie sich damit aufhielten, die Abgrenzung zwischen Enteignung und Sozialbindung zu behandeln.

Eine weitere Erörterung muß vielmehr bei der bis heute nirgends scharf herausgearbeiteten Frage ansetzen, ob denn wirklich jeder hoheitliche Eingriff in Eigentum oder eigentumsähnliche Vermögensrechte bei hinreichender Schwere (oder Ungleichheit usw.) automatisch eine Enteignung ist, oder ob es nicht neben der Enteignung und neben den heute als Eigentumsbindung bezeichneten Erscheinungen stehende Fälle von Eigentumsbeschränkungen gibt.

Zweifel in dieser Richtung sind bereits am Anfang dieser

---

1) so Weiß, S.33.

2) Was Weiß, S.52, Fußn.93 bzgl. des Notweges auch tut, die Mehrheitsumwandlung wird bei Weiß nicht behandelt.

Untersuchung[1] geäußert worden:

Es war darauf hingewiesen worden, daß allgemein nicht als Enteignung angesehen werden die Fälle der Konfiskation und der Einziehung, - obwohl doch auch hier das Merkmal des ungleichen und schweren hoheitlichen Eigentumseingriffs vorliegt. In diesen Fällen begnügt man sich nicht damit, bei der äußeren Erscheinungsform des Eingriffs stehenzubleiben - wie es eigentlich folgerichtig wäre, wenn man von "hoheitlichem Eingriff" spricht - sondern man geht auf den "materiellen Hintergrund" des Eingriffs zurück. Man erkennt hier an, daß es sich bei der Enteignung um die zwangsweise Beschaffung von Gütern handelt, die erforderlich ist, damit bestimmte öffentliche Aufgaben erfüllt werden können.

Von dieser materiellen Betrachtungsweise aus ist es dann leicht, Einziehung, Konfiskation und ähnliche Erscheinungen scharf von der Enteignung zu trennen.

Wenn es in diesen Fällen allgemein als zulässig erachtet wird, auf den "materiellen Hintergrund" zurückzugreifen, gibt das auch für die vorliegende Problematik die Berichtigung, die Dinge durch einen derartigen Rückgriff zu klären zu versuchen.

Die Notwendigkeit eines solchen Rückgriffs wird bewiesen, wenn man eine Erscheinung betrachtet, die man die "Vertauschbarkeit der rechtstechnischen Konstruktion" bei den privaten gesetzlichen Einwirkungsrechten nennen könnte. Hierzu kann man zunächst folgendes Beispiel anführen:

Das Problem der Zugangsnot eines Grundstücks kann rechtstechnisch auf verschiedene Art gelöst werden: Man kann dem Eigentümer des abgeschnittenen Grundstücks einen unmittelbaren Anspruch auf Benutzung des benachbarten Grundstücks geben oder einen Anspruch auf Einräumung einer Benutzungsbefugnis, also entweder ein mittelbares oder ein unmittelbares Einwirkungsrecht

---

1) vgl. o., S.35 ff.

im o.g. Sinne. Dabei kann die Durchsetzung des mittelbaren Einwirkungsrechtes noch wieder vielfältig verschieden geregelt werden: Entweder kann der Anspruch auf Einräumung mit Klage vor den ordentlichen Gerichten verfolgt werden[1] oder mittels Antrag im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit[2]. Schließlich wäre es, worauf Buch[3] hinweist, auch möglich, eine öffentlich-rechtliche Konstruktion zu wählen: Es könnte etwa bestimmt werden, daß eine Verwaltungsbehörde auf Antrag ein Notwegrecht bestellen kann oder muß.

Diese Möglichkeit der Austauschung der rechtstechnischen Konstruktionen ist nicht auf das Notwegrecht beschränkt, sie besteht auch bei einer Reihe anderer mittelbarer und unmittelbarer Einwirkungsrechte. Das zeigt sich zunächst an der Bestimmung des § 198 Abs.2 prWG[4]: Hier ist für landwirtschaftliche Grundstücke - für Teile des Geltungsbereichs des prWG - das mittelbare Einwirkungsrecht des § 330 prWG als unmittelbares Einwirkungsrecht gestaltet. Der Nachbar ist hier ohne besonderes Verleihungsverfahren unmittelbar zur Aufnahme des wild abfließenden Wassers verpflichtet. Man sieht auf den ersten Blick, daß auch die übrigen Fälle des § 330 prWG als unmittelbare Einwirkungsrechte hätten gestaltet werden können, wie umgekehrt nichts dazu zwang, den Fall des § 198 Abs.2 prWG als unmittelbares Einwirkungsrecht zu schaffen. Man hätte aus ihm ebensogut den Fall eines mittelbaren Einwirkungsrechtes machen können. Die gleiche Vertauschbarkeit läßt sich bei den übrigen Zwangsrechten aufzeigen.

Am Beispiel des Wasserrechts läßt sich noch eine andere Art der Austauschbarkeit der verfahrenstechnischen Gestaltung von Einwirkungsrechten aufzeigen:

---

1) In diesem Fall muß, genau genommen, sogar noch von einem unmittelbaren Einwirkungsrecht gesprochen werden, vgl. dazu o., S.83 ff.

2) so in Österreich, vgl. Wolff-Raiser § 56 Fußn.20, S. 207.

3) S. 77.

4) vgl.o., S.68

Es handelt sich um den Unterschied zwischen den Zwangsrechten nach dem pr und dem ndsWG einerseits und denen nach dem nwWG andererseits, auf den bereits oben[1] hingewiesen wurde:

Pr und ndsWG formulieren: "Der Eigentümer kann Duldung verlangen", das nwWG formuliert: "... Eigentümer und Nutzungsberechtigte von Gewässern und Grundstücken können verpflichtet werden ..." und unterscheidet zwischen Verpflichtung "zugunsten eines Unternehmens", vgl. §§ 86, 89 nwWG, und "zugunsten der auf Grund einer Erlaubnis oder Bewilligung beruhenden Benutzung eines oberirdischen Gewässers", vgl. § 87 nwWG.

PrWG und ndsWG gehen hier also in der Formulierung von einem privatrechtlichen Anspruch auf Einräumung eines Zwangsrechtes aus, der in einem besonderen Verfahren festgestellt werden muß. Das nwWG dagegen geht von einer hoheitlichen Befugnis zur Begründung eines Zwangsrechtes aus, von der auf Antrag Gebrauch zu machen ist.

Gemeinsam ist beiden Konstruktionen allerdings, daß in dem Verleihungsverfahren nicht der Begünstigte und der Verpflichtete Partei sind, sondern die Behörde und der Betroffene.

Ohne Zweifel hätte diese Parteistellung aber auch anders gestaltet werden können: Es hätte bestimmt werden können, daß der Begünstigte sein Recht auf Erteilung eines Zwangsrechtes durch Klage vor den ordentlichen Gerichten geltend machen kann. An dem materiellen Inhalt des begründeten Zwangsrechtes hätte das nichts geändert. Die Schaffung eines behördlichen Verfahrens erfolgte wohl aus Gründen der Zweckmäßigkeit: Da es bereits Wasserbehörden gab, lag es nahe, auch die Einräumung von Zwangsrechten dieser sachkundigen Behörde zu übertragen.

Diese vielfältige Austauschbarkeit verfahrenstechnischer Gestaltung von Einwirkungsrechten zeigt sich auch

---

1) S.72

bei den Zwangslizenzen nach §§ 22 LUG, 15 PatG:

§ 22 LUG begründet einen Anspruch auf Erteilung der Vervielfältigungsbefugnis. Der Anspruch ist vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen.

Es gab aber auch zumindest zwei andere Möglichkeiten, denselben wirtschaftlichen Erfolg gesetzestechnisch sicherzustellen:

Einmal hätte dem Interessenten die Vervielfältigungsbefugnis unmittelbar zugestanden werden können ohne den "Umweg" über die Einräumung einer Lizenz.

Zum anderen hätte der Gesetzgeber, statt die Klage vor den ordentlichen Gerichten zuzulassen, auch einer Behörde die Befugnis zusprechen können, auf Antrag des Interessenten eine Zwangslizenz zu erteilen.

Diesen Weg hat das Gesetz in § 15 PatG gewählt. Es ist ohne weiteres einzusehen, daß hier auch die Konstruktion der Klage vor den ordentlichen Gerichten hätte gewählt werden können. Da es aber bereits eine Patentbehörde gab - im Literatur- und Kunsturheberwesen fehlte und fehlt auch noch heute eine entsprechende Institution - lag es nahe, die Erteilung der Zwangslizenz in ein besonderes Verfahren vor dieser Behörde zu verweisen.

Weniger gut läßt sich die Vertauschbarkeit für § 26 GewO aufzeigen. Hier wäre eine Konstruktion wie die der Zwangsrechte kaum möglich, denn es müßte jeder in Betracht kommende Betroffene in ein behördliches Verfahren gezogen werden. Das wäre aber kaum möglich, da der Kreis der Betroffenen hier in vielen Fällen unübersehbar groß ist. Das liegt nun aber nicht etwa an der Natur des in § 26 GewO begründeten Einwirkungsrechtes, als vielmehr allein an der unterschiedlichen Zusammensetzung der die Nachbarn beeinträchtigenden Substanzen: Während bei Beeinträchtigung durch Wasser naturgemäß immer nur die - wenigen - unmittelbar angrenzenden Nachbarn als Betroffene in Frage kommen, sind es bei Staub, Rauch und anderen Immissionen gem. § 26 GewO wegen der leichteren Ausbreitbarkeit dieser Stoffe eine viel größere Anzahl von Personen. Allein hieran scheitert

die Konstruktion von "Immissions - Zwangsrechten".

Von der Natur der Sache her nicht vertauschbar sind dagegen die rechtstechnischen Möglichkeiten bei Durchsetzung der Notstandsrechte: Wollte man die Ausübung der Rechte aus § 904 BGB und § 25 LuftVG anders als durch Selbsthilfe regeln, so würde man sie damit gleichzeitig vernichten. Der Notstandsituation wird nur ein Selbsthilferecht gerecht. Nur ein solches kann hier eine "unverhältnismäßige Wertvernichtung"[1] verhindern.

Es hat sich also gezeigt, daß bei privaten Einwirkungsrechten die rechtstechnische Konstruktion der Eingriffsbefugnis in den meisten Fällen vertauschbar ist, d.h. mittelbare Einwirkungsrechte hätten auch als unmittelbare konstruiert werden können, wie umgekehrt auch unmittelbare als mittelbare.

Bei den mittelbaren Einwirkungsrechten ergeben sich wiederum zwei Formen, die sich allerdings wohl nur in der Formulierung unterscheiden: Das Gesetz kann formulieren: "Der Berechtigte kann von Verpflichteten Duldung verlangen", - wobei diese Formulierung nicht mit der "privatrechtlichen Lösung" verwechselt werden darf, von der sie sich dadurch unterscheidet, daß nur bei dieser der Anspruch durch Klage bei Gericht geltend gemacht werden kann -. Das Gesetz kann aber auch formulieren: "Die Behörde kann dem Verpflichteten die Duldungspflicht auferlegen".

Dies zeigt zunächst folgendes: Wenn man die Ausübung mittelbarer Einwirkungsrechte als Enteignung ansieht, macht man das Ergebnis von dem "Zufall" der vom Gesetzgeber gewählten rechtstechnischen Konstruktion abhängig. Denn der Gesetzgeber könnte, wenn er den Bindungen des Art.14 Abs.3 GG entkommen will, statt mittelbarer unmittelbare Einwirkungsrechte schaffen. Bei diesen wäre es dann unmöglich, Enteignung anzunehmen, weil es am Merkmal des hoheitlichen Eingriffs fehlt.

---

1) Dieser prägnante Ausdruck wird von Hubmann, JZ 1956, 489 ff verwendet.

Die Entdeckung dieser Vertauschbarkeit führt schließlich zu folgendem:

Es handelt sich bei den verschiedenen Formen der Verwirklichung von Einwirkungsrechten um nichts anderes als um die Tatsache, daß ein subjektives Recht und die Art seiner Durchsetzung verschiedene Dinge sind: Der Inhalt eines subjektiven Rechtes ist unabhängig davon, wie seine Durchsetzbarkeit gestaltet ist. Ob jemand vor Gericht klagen kann oder einen Antrag bei einer Behörde stellen muß, wenn er sein Recht durchsetzen will, spielt für den Inhalt eines Rechtes keine Rolle. Wichtig ist allein, daß überhaupt eine Durchsetzungsmöglichkeit gegeben ist; denn der Schutz des subjektiven Rechtes muß ausschließlich in den Willen seines Inhabers gestellt sein[1], es muß eine "actio" geben. Die rechtstechnische Konstruktion der Durchsetzbarkeit dieses Willens dagegen ist belanglos. Die Möglichkeit, das Recht mittels Antrag bei einer Verwaltungsbehörde durchzusetzen, ist ebenso eine "actio" wie die Klagemöglichkeit.

Hat man diesen Unterschied zwischen Recht und "actio"[2] erkannt, wird sofort klar, daß man nur an das Recht anknüpfen darf und nicht an die actio, wenn es darum geht, das Wesen eines subjektiven Rechtes zu ermitteln. Es ist das subjektive Recht, das hier gemeint ist, wenn verlangt wird, auf den "materiellen Hintergrund" zurückzugreifen.

Selbst wenn die actio derart gestaltet ist, daß Berechtigter und Verpflichteter nicht in einem Verhältnis von Gläubiger und Schuldner zueinander stehen, wenn man also nicht einmal von einem Anspruch des Berechtigten gegen den Verpflichteten sprechen kann, ändert das am Inhalt des Rechtes nichts: Wenn etwa bestimmt wird, bei Vorliegen des Tatbestandes xyz habe die Behörde einem antragstellenden Grundeigentümer an dem Grundstück des Nachbarn das Recht R einzuräumen, so hat allerdings bei Vorliegen der Tatbestandsmerkmale xyz im konkreten Fall

---

1) so auch Lehmann § 10 III, S.67

2) Mit der Verwendung dieses römischen Begriffes soll

der Grundeigentümer A keinen Anspruch[1]) gegen den Nachbarn N. Wohl aber hat er ein subjektives Recht! Zwar hat er einen Anspruch nur gegen die Behörde (auf Tätigwerden), und die Behörde hat eine Befugnis gegenüber N auf Bestellung des Rechtes für A. Das zeigt sich im Prozeß: Bestellt die Behörde das Recht gegen den Willen des N, so kann dieser nicht gegen A klagen, er muß sich vielmehr nach geltendem Verwaltungsprozeßrecht gegen die Behörde wenden. Wird diese dagegen nicht tätig, so kann auch A nicht gegen N auf Bestellung des Rechtes klagen, er muß vielmehr die Behörde verklagen.

Das ist zwar eine eigenartige Konstruktion; eigenartig jedenfalls dann, wenn man bedenkt, daß eine parallele Erscheinung die wäre, daß ein abgewiesener Kläger das Gericht verklagen müßte, wenn er sein Recht weiterverfolgen will. Auf den Inhalt des geltend gemachten Rechtes hat das alles trotzdem keinen Einfluß: Es verwirklicht sich bei jeder der möglichen Konstruktionen. Das Recht besteht auch ohne Anspruch. Es genügt für sein Bestehen eine beliebige actio. Die Antragsbefugnis und die Zwischenschaltung der Behörde sichern die Rechtsstellung eines vom Gesetz Begünstigten genauso wie die Schaffung von Ansprüchen und Klagebefugnissen.

Daraus folgt:

Man darf bei der Prüfung der Frage, ob ein privates Einwirkungsrecht vorliegt oder eine Norm, die eine Enteignung zuläßt, nicht an die actio anknüpfen. Man muß vielmehr auf das dahinterstehende subjektive Recht zu-

---

nicht behauptet werden, das römische Recht habe Recht (= ius) und actio streng voneinander getrennt.

1) Den Begriff "Anspruch" hat erst Windscheid in einem 1856 erschienenen Werk ("Die actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts", vgl. insbes. S.5/6) geprägt und entwickelt. Das muß besonders erwähnt und beachtet werden, weil diese Tatsache den ausschließlich technisch-konstruktiven Wert dieses Begriffs deutlich macht. Coing (S.271 ff, 272) kennzeichnet den Begriff "Anspruch" als "empirischen Allgemeinbegriff technisch-juristischer Art".

rückgreifen; anders gesagt: wenn jemandem gesetzlich die Möglichkeit gegeben ist, in einem Antragsverfahren von einer Verwaltungsbehörde die Verwirklichung einer ihm vom Gesetz zugestandenen günstigen Position zu erzwingen, so ist diese Position ein subjektives Recht. Und zwar ist sie ein subjektives Privatrecht, wenn der Berechtigung die Verpflichtung eines privaten Dritten entspricht. Denn es handelt sich dann um die Rechtsbeziehung zwischen Privaten.

Für das vorliegende Thema ergibt sich daraus als wichtiges Ergebnis:

Die Einschaltung der Verwaltungsbehörde bei der Durchsetzung eines solchen subjektiven Privatrechtes und der Erlaß von verpflichtenden und gestaltenden Verwaltungsakten gegenüber dem verpflichteten Dritten durch sie kann nicht eine Enteignung gegenüber diesem Dritten sein. Denn es handelt sich hier - wie bei gerichtlichen Entscheidungen - nur darum, daß der Staat bei der Durchsetzung privater Rechte hilft.

Erwähnenswert ist allerdings folgende Einschränkung: Von einer actio kann im Falle der Zwischenschaltung einer Behörde nur dann die Rede sein, wenn die Behörde bei ihrer Entschließung keinen Ermessensspielraum hat. Die Behörde darf nicht befugt sein, andere als subsumtive Erwägungen anzustellen. Andernfalls wäre nämlich die Verwirklichung des subjektiven Rechtes nicht mehr ausschließlich in den Willen seines Inhabers gestellt; es bestände vielmehr gar kein subjektives Recht mehr, sondern nur ein Reflexrecht. "Wer durch Normen lediglich begünstigt wird, ist darum noch nicht berechtigt. Rechtsbegünstigung und subjektives Recht sind nicht identisch"[1]).

Hier wird die Grenze der Vertauschbarkeit sichtbar: Rechtstechnische Konstruktionen, die die Durchsetzung einer gesetzlich bestimmten günstigen Position im Einzelfall nicht ausschließlich im Willen des Inhabers be-

---

1) so Enneccerus-Nipperdey I § 72 I 1, S.431.

lassen, fallen aus dem Rahmen der miteinander vertauschbaren Konstruktionen und sind unvereinbar mit der Existenz eines subjektiven Rechtes.

Ähnlich sind die Fälle zu beurteilen, in denen das Gesetz eine Einwirkungsbefugnis vom Vorliegen eines öffentlichen Interesses abhängig macht. Als Beispiel kann hier § 15 PatG dienen: Das Recht auf Erteilung dieser Zwangslizenz ist abhängig vom Vorliegen eines öffentlichen Interesses. Man könnte allerdings sagen, das öffentliche Interesse sei hier ein Tatbestandsmerkmal wie jedes andere; die entscheidende Behörde habe ja bei Beurteilung dieses öffentlichen Interesses keinen Ermessensspielraum, es handle sich vielmehr um einen unbestimmten Rechtsbegriff, so daß auch hier die Behörde nur zu subsumieren habe.

Bei dieser Betrachtungsweise liegt es in der Tat nicht fern, auch hier von einem subjektiven - privaten - Recht des Lizenzsuchers auf die Lizenz zu sprechen. Trotzdem befriedigt es nicht, das öffentliche Interesse als Tatbestandsmerkmal eines privaten Rechtes anzusehen.

Bevor dieses Problem gelöst werden kann, muß folgendes vorausgeschickt werden:

Es handelt sich hier nicht mehr um eine Frage des Art. 14 GG. Denn die unterschiedliche Einordnung der Rechte aus § 15 PatG entweder als privates subjektives Recht oder als hoheitliche Befugnis hat keinerlei Rechtsfolgen: Für das betroffene Urheberrecht ist die Einschränkung bzgl. Voraussetzungen und Folgen stets dieselbe. Es geht also nur um eine systematische Einordnung der Rechte aus § 15 PatG, die keine praktische Bedeutung hat.

> Die entscheidende, hier noch gar nicht zu behandelnde Frage ist vielmehr die, ob der Gesetzgeber verpflichtet ist, Eingriffe nur bei Vorliegen eines - überwiegenden - öffentlichen Interesses zuzulassen; die rechtstechnische Form, in der er den Eingriff zuläßt, hat demgegenüber keine materielle Bedeutung[1]).

---

1) vgl. dazu im einzelnen u., S. 101 ff.

Wenn man dies beachtet, fällt es leicht, folgendermaßen zu argumentieren: Ein privates Recht, dessen Voraussetzung ein öffentliches Interesse ist, ist ungewöhnlich. Wenn man zwischen privaten Rechten und Hoheitsrechten unterscheidet, so sollte man als private Rechte nur solche auffassen, die ihren Inhabern ausschließlich in eigenem unmittelbaren Interesse gegeben sind. Die Befugnis, die sich hier verwirklicht, nämlich Rechtsgüter einzelner im Notfall dem Wohl der Allgemeinheit dienstbar zu machen, kann ihrem Wesen nach nur die Befugnis des Trägers dieser Belange der Allgemeinheit, also die Befugnis des Staates sein, nicht aber die Befugnis eines einzelnen privaten Interessenten.

Dann sollte man aber, wenn man schon die systematische Einordnung einer Konstruktion wie der des § 15 PatG unbedingt für erforderlich hält, diese Befugnisse als hoheitliche ansehen. Irgendeinen normativen Gehalt hat diese Einordnung, wie gezeigt, jedoch nicht. Ebenso bedeutungslos ist, ob man eine solche Konstruktion als Enteignung bezeichnet oder nicht[1].

Die Verwandtschaft dieses Falles mit der naheliegenden Parallele einer Enteignung zugunsten von privaten Unternehmen[2] zeigt sich deutlich an der entsprechenden Bedeutung, die dort dem Merkmal öffentliches Interesse beigelegt wird: "Die Entscheidung darüber, ob Gründe des öffentlichen Wohls gegeben sind, ist im wesentlichen eine politische Entscheidung der Landesregierung, die von den jeweiligen Staatszielen, Machtverhältnissen und volkswirtschaftlichen Gegebenheiten abhängt",

---

1) Deshalb ist auch den neuesten großen Veröffentlichungen auf dem Gebiet des Patentrechts kein Vorwurf daraus zu machen, daß sie die Frage der Rechtsnatur der patentrechtlichen Zwangslizenz gar nicht erörtern, vgl. Benkard-Bock-Löscher-Ballhaus, Rdn.1 zu § 15 PatG, Bernhardt, S.169,164; Stellungnahmen zu dieser Frage finden sich hingegen an den oben, S.78, Fußn. 1 zitierten Stellen.

2) vgl. hierzu im einzelnen die Studie von Bullinger in Der Staat 1962, S. 449 ff.

schreibt zwar treffend N e u f a n g zum preuß. Enteignungsgesetz[1]. Nach diesem Gesetz obliegt demgemäß die Feststellung des öffentlichen Interesses der Enteignungsanordnung des Ministeriums, der sog. "Verleihung des Enteignungsrechtes". Wird eine solche Anordnung verweigert, so hat das antragstellende Unternehmen dagegen trotzdem ein Beschwerde- oder Klagerecht. Das folgt schon aus dem heute allgemein anerkannten Satz, daß derjenige eine Klagebefugnis gem. § 42 Abs.2 VwGO hat, der eine Antragsbefugnis hat[2].

> Ganz unbezweifelbar scheint mir dieses Ergebnis allerdings nicht zu sein. Bedenken gegen eine Klagebefugnis des abgewiesenen Antragstellers im Enteignungsverfahren nach dem pr.Enteignungsgesetz ergeben sich daraus, daß er nicht beschwert ist. Selbst wenn das Ministerium das Vorliegen des öffentlichen Interesses zu unrecht verneint, so berührt das den Unternehmer in seinen eigenen, privaten Interessen doch nur insoweit, als seine Erwerbschancen beeinträchtigt werden. Diese aber werden vom pr.Enteignungsgesetz (und von anderen verfassungsmäßigen Enteignungsgesetzen) gerade nicht geschützt; und zum Schutz des öffentlichen Interesses ist der Unternehmer nicht berufen. Deshalb fehlt es für ihn, wenn die Enteignungsanordnung mit der Begründung verweigert wird, das öffentliche Interesse fehle, an einer Beschwer, am Rechtsschutzinteresse, also an der Voraussetzung für einen jeden Rechtsbehelf.

Schließt man sich der Meinung von E y e r m a n n - F r ö h l e r etc. an, an der bislang - soweit ersichtlich - noch nie Zweifel geäußert worden sind, so zeigt sich kaum noch ein Unterschied zu § 15 PatG: Auch im Verfahren nach dem pr.Enteignungsgesetz hat dann der Antragsteller eine so starke Position, daß man eigentlich nicht mehr von einem Reflexrecht sprechen darf, sondern - wie bei § 15 PatG - geneigt sein könnte, ein volles subjektives Recht anzunehmen, wenn nicht hier wie dort das öffentliche Interesse Voraussetzung der Entstehung des Rechtes wäre.

---

1) § 1 Anm.5

2) so etwa Eyermann-Fröhler § 42 Rdn.92; Ule § 33 IV, S.107.

Der Unterschied zur Enteignung zugunsten bestimmter Unternehmen verschwindet restlos, wenn man die Fälle betrachtet, in denen das Unternehmen das Enteignungsrecht nicht erst durch ministerielle Anordnung "verliehen" bekommt, sondern schon kraft Gesetzes hat, so der Träger der Straßenbaulast gem. § 19 Abs.1 BFStrG. Hier kann auch von der Konstruktion her keine private Eingriffsbefugnis mehr vorliegen. Begünstigt ist vielmehr unmittelbar der Staat in seiner Spezialfunktion als Straßenbaulastträger, also in hoheitlicher, nicht fiskalischer Funktion. Danach besteht noch viel weniger Anlaß, § 15 PatG nicht als Enteignung zu bezeichnen.

Als bisheriges Ergebnis dieser Untersuchung darf danach festgestellt werden, daß - mit einer Ausnahme, nämlich § 15 PatG - in allen eingangs aufgeführten Fällen[1] tatsächlich private gesetzliche Einwirkungsrechte vorliegen und keine Enteignungen. Der hoheitliche Eingriff bei den mittelbaren Einwirkungsrechten ist nichts als die Mithilfe des Staates bei der Durchsetzung subjektiver privater Rechte. Das folgt zwingend daraus, daß in allen Fällen der durch die betreffende Norm Begünstigte seine Rechtsposition mittels Antrages bei der Behörde durchsetzen kann; die Behörde hat keine Ermessensfreiheit, sie hat vielmehr - wie ein Gericht - den gegebenen (evtl. erst noch zu erforschenden) Sachverhalt unter das Gesetz zu subsumieren und ihre Entscheidung allein nach dem Ergebnis dieser Subsumtion zu treffen. Das ist ein wesentlicher Unterschied zur Enteignung zugunsten Privater, wo das öffentliche Interesse Voraussetzung ist. Nicht mehr von einer solchen zu unterscheiden ist allein der Fall des § 15 PatG.

2. Befugnis des Gesetzgebers, private gesetzliche Einwirkungsrechte beliebig zu schaffen

a) Die Fragwürdigkeit des Enteignungsbegriffs

Die Klärung dessen, was Enteignung ist und was nicht

---

1) vgl.o., S.43 ff.

bedeutet nicht, daß die Einteilung, die aufgrund dieser Klärung gefunden wurde, auch dem Grundgesetz entspricht.

Das mag überraschen: Im allgemeinen meint man doch, Enteignung sei ein von der Verfassung vorgegebener Begriff und Schwierigkeiten gebe es allenfalls bei der Subsumtion unter diesen Begriff. Richtig betrachtet ist die Situation nun aber die, daß Art.14 GG zwar das Wort Enteignung gebraucht, aber nicht sagt, was darunter zu verstehen ist. Diese Lücke ist denn auch der Ansatzpunkt für viele Überlegungen zu Art.14 III GG. So sagt W e b e r [1], es habe sich vielfach ein "vulgärer Begriff von Enteignung breit gemacht, mit dem wissenschaftlich und praktisch in Wahrheit nichts anzufangen" sei, und es handle sich um ein "polemisches Schlagwort der Gegenwehr gegen sehr verschiedenartige vermögensrechtliche Behelligungen des Bürgers durch den Staat".[2]

Dies berechtigt jedenfalls auch im vorliegenden Fall dazu, heute vielfach angewendete Begriffsbestimmungen der Enteignung nicht als der Weisheit letzten Schluß anzusehen, sie nicht als eine von der Verfassung vorbestimmte Lösung der Eigentumsproblematik hinzunehmen, sondern zu versuchen, das Problem vom Sinn und Zweck der in Art.14 GG getroffenen Regelungen her zu lösen.

Der Zwang zu einem derartigen Vorgehen wird besonders deutlich bei der Problematik der mittelbaren Einwirkungsrechte:

Gibt man sich bei ihnen mit der Anwendung der Begriffsbestimmung der Enteignung zufrieden, die einen hoheitlichen Eingriff verlangt, so gelangt man zu den soeben gefundenen Abgrenzungen. Dann aber entgeht der Gesetzgeber - wie gezeigt - den Vorschriften des Art.14 Abs.3 GG, indem er Regelungen wie § 22 LUG schafft: Er konstruiert statt hoheitlicher Eingriffsbefugnisse private Einwirkungsrechte und wird nicht von Art.14 Abs.3

---

1) S. 347

2) zustimmend: v.Mangoldt-Klein Art.14 Anm.VII 1, S.440; Huber II, S.15.

GG gezwungen, Eingriffe nur zuzulassen, wenn ein öffentliches Interesse gegeben ist.

Bezieht man aber die mittelbaren Einwirkungsrechte in den Begriff der Enteignung ein, genauer: erweitert man diesen Begriff so, daß er sich auch auf diese Rechte erstreckt, wie das für § 22 LUG, ja sogar § 917 BGB versucht worden ist[1], dann entgeht der Gesetzgeber auch dieser Einordnung, indem er statt mittelbarer unmittelbare Einwirkungsrechte konstruiert, was, wie gezeigt,[2] rechtstechnisch in den meisten Fällen möglich ist.

Der Begriff der Enteignung wird damit für eine Lösung der Eigentumsproblematik unbrauchbar.

Umgekehrt darf man dann allerdings auch bei Konstruktionen, die offenbar nicht unter Art.14 Abs.3 GG fallen, - weil sie den Eingriff ohne Zwischenschaltung eines Hoheitsaktes zulassen - sich nicht damit zufrieden geben, daß man feststellt, der Gesetzgeber habe diesen Fall nicht als Enteignung konstruiert. Vielmehr muß man in solchen Fällen folgerichtig weiter fragen, ob nicht der Gesetzgeber den Fall enteignungsrechtlich hätte konstruieren müssen.

Das zwingt dazu, in allen Fällen eine Lösung zu suchen, die nicht den heute allgemein gebrauchten Enteignungsbegriff anwendet, sondern hinter diesen Begriff zurückgeht, nach seinem Zweck forscht, letztlich also nach den "Wertungen" und nicht nach den Begriffen des Art. 14 Abs. 3 GG[3].

b) Unterschiede und Gemeinsamkeiten von Enteignung und privaten gesetzlichen Einwirkungsrechten

Um Zweck und Wertungen von Art.14 GG zu erkennen, be-

---

1) vgl. o., S.43, Fußn.1 und S.75, Fußn. 1 u. 3.

2) vgl. o., S.90 ff.

3) Zur rechtsmethodischen Rechtfertigung eines derartigen Vorgehens vgl. Westermann, Streitentscheidung.

darf es zunächst der Darlegung und Erörterung einiger Unterschiede und Gemeinsamkeiten von Enteignung und privaten gesetzlichen Einwirkungsrechten.

aa) Das Prinzip der optimalen Güternutzung

Die Regelung der Einwirkungsrechte im Nachbarrecht schränkt die Eigentümerbefugnisse im Interesse der besseren Benutzbarkeit des Nachbargrundstücks ein: Das Notwegrecht schafft die Voraussetzung für die Nutzung des vom öffentlichen Weg abgeschnittenen Grundstücks, § 26 GewO schafft die notwendige Voraussetzung für eine gewerbliche Nutzung des Grundstücks, §§ 912 ff verhindern eine sinnlose Wertvernichtung. Damit sorgen diese Vorschriften für eine "optimale Raumnutzung", d.h. sie mindern zwar die Möglichkeit der ungestörten Nutzung des einzelnen Grundstücks, sie mehren aber die Möglichkeiten zur sinnvollen Nutzung des räumlich größeren Bereichs, der Summe der Grundstücke. Die Rechte des Einzelnen müssen dem Eingriff zugunsten der wertvolleren Raumnutzung durch den Nachbarn weichen.

Besonders deutlich hat sich dieser Gedanke der optimalen Raumnutzung im Wasserrecht niedergeschlagen. Er ist hier in einigen Vorschriften sogar unmittelbar zum Tatbestandsmerkmal gemacht worden:

Die Verpflichtung zur Einräumung des Zwangsrechtes des § 330 prWG (Zuführung oberirdisch ablaufenden Wassers) ist davon abhängig, daß der Eigentümer das Wasser nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Kosten abführen kann, d.h. das Recht auf Einräumung des Zwangsrechtes besteht, weil die Nutzung des Grundstücks gefährdet ist. Wird durch die Abführung des Wassers aber auch die Nutzung des Nachbargrundstücks beeinträchtigt, so ist das Zwangsrecht nur einzuräumen, wenn der Berechtigte aus ihm mehr Vorteil hat als der Verpflichtete Schaden, § 330 S.2 prWG. Ganz deutlich soll hier die optimale Nutzung nicht des einzelnen Grundstücks, sondern des größeren, mehrere Grundstücke umfassenden Raumes gesichert werden. Es kommt nicht auf den Vorteil oder Nach-

teil des einzelnen Grundstücks an, sondern auf Vorteile und Nachteile für die Summe der Grundstücke.

Die Formulierung des § 330 prWG, wonach das Recht besteht, wenn der Vorteil für den Eigentümer "erheblich größer ist als der Schaden", führt unmittelbar zu der Regelung des § 904 BGB: Der Eigentümer einer Sache muß Einwirkungen dulden, wenn diese der Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für einen anderen dienen und der Schaden für den Eigentümer unverhältnismäßig klein ist gegenüber dem drohenden Schaden.

Hier kann nicht mehr von einer optimalen Raumnutzung gesprochen werden, wohl aber von einer optimalen Güternutzung, wie denn ja auch allgemein gesagt wird, der Regelung des § 904 BGB liege der Gedanke der Güterabwägung zugrunde.

Der Fall der optimalen Raumnutzung im Nachbarrecht wird damit im § 904 BGB erweitert zu dem Gedanken der optimalen Güternutzung. Denn Güterabwägung heißt: Wenn eine Situation entsteht, in der nur das eine oder das andere Gut vor Vernichtung oder Verletzung bewahrt werden kann, so soll das wertvollere erhalten werden. § 906 BGB will einer "unverhältnismäßigen Wertvernichtung vorbeugen"[1].

Dieser Gedanke liegt auch den in §§ 1005, 867, 962 BGB, 25 Abs.2 LuftVG geregelten Fällen zugrunde: § 25 Abs.2 LuftVG ist nur ein besonderer Anwendungsfall des § 904 BGB; die Verfolgungsrechte wägen den dem verfolgenden Eigentümer drohenden Schaden (Verlust der Sache oder weitere Erschwerung der Wiedererlangung) gegen den Schaden ab, der dem Duldungspflichtigen durch die Duldung entsteht. Dafür, daß das richtige Verhältnis zwischen abgewendetem und angerichtetem Schaden bestehen bleibt, sorgen die Entschädigungspflichten der §§ 867 S.2, 962 S.3 BGB: Wer bei dem Duldungspflichtigen mehr Schaden anrichten als von sich selbst abwenden würde, wird das Verfolgungsrecht gar nicht erst ausüben.

---

1) so Hubmann, JZ 1956, S.489 ff.

Der gesetzgeberische Grund für die Schaffung des oben[1] im einzelnen beschriebenen Rechtsinstituts der M e h r h e i t s u m w a n d l u n g dürfte in folgendem liegen: Mehrheitsaktionär und Minderheitsaktionär verfolgen in der Aktiengesellschaft verschiedene Zwecke: Der Minderheitsaktionär will in der Regel lediglich eine Kapitalanlage, während die Beteiligung des Mehrheitsaktionärs für diesen eine wesentlich unternehmerische Betätigung ist. Der Gesetzgeber hat dem unternehmerischen Element eine größere Bedeutung für die Gesamtwirtschaft beigemessen als dem Interesse der Kapitalanlage. Wenn nun der "Unternehmer", der Mehrheitsaktionär, von der Minderheit in seiner Entscheidungsfreiheit gehemmt wird, so soll dieses Hindernis im Interesse der im Zweifel gesamtwirtschaftlich richtigen Entscheidungen des "Unternehmers" beseitigt werden können[2]. Die Minderheit kann ihr Kapital an anderer Stelle anlegen, das bringt jedenfalls weniger Nachteile als die Behinderung der unternehmerischen Entscheidung des Mehrheitsaktionärs. Die wirtschaftliche Kraft der Aktiengesellschaft kann, wenn diese Freiheit gegeben ist, besser genutzt werden.

Ob diese gesetzgeberischen Erwägungen richtig und billigenswert sind, ob sie die gesetzliche Regelung rechtfertigen können und ob das zitierte Urteil des Bundesverfassungsgerichts im Ergebnis richtig ist, braucht hier nicht entschieden zu werden. Wichtig ist nur folgendes: Gesetzgeberischer Sinn dieser Regelung ist die bestmögliche Ausnutzung der in einer Aktiengesellschaft steckenden wirtschaftlichen Möglichkeiten im Interesse der Gesamtwirtschaft.

Das aber ist wiederum nichts anderes als der Gedanke der optimalen Güternutzung, wenn es sich hier auch nicht um eine Sachnutzung, sondern um Unternehmen handelt.

---

1) S. 79 ff.

2) ähnlich das BVerfG, aaO., S. 1668 lk. Sp.

Recht deutlich ist der Gedanke der optimalen Güternutzung auch b e i d e n s e l b s t ä n d i g e n E i n w i r k u n g s r e c h t e n [1] verwirklicht:

Die Zwangsrechte der §§ 332, 331 prWG werden einem Unternehmer verliehen, damit dieser Entwässerung und Abwässerbeseitigung betreiben kann. Das Zwangsrecht kann nur verliehen werden, "wenn das Unternehmen anders nicht zweckmäßig oder nur mit erheblichen Mehrkosten durchgeführt werden kann und der davon zu erwartende Nutzen den Schaden des Betroffenen erheblich übersteigt." Das Zwangsrecht dient also der Verbilligung der von dem begünstigten Unternehmen beabsichtigten Maßnahmen. Wenn diese Verbilligung aber nicht erheblich größer ist als der Nachteil für die Grundstücke der Betroffenen, ist deren Benutzung durch den Unternehmer also nicht die optimale Nutzung, dann entfällt mit diesem Merkmal zugleich das Einwirkungsrecht.

Der Gedanke der optimalen Güternutzung liegt auch § 15 PatG zugrunde: Wer ein Patent hat, es aber nicht ausnutzt, muß die Benutzung einem anderen gestatten, damit die wirtschaftlichen Vorteile, die in der Erfindung liegen, nutzbar gemacht werden können. Das Recht des Patentinhabers muß weichen, damit die Erfindung genutzt werden kann.

Die Einschränkung dieses Grundsatzes durch zusätzliche Erfordernisse wird erst an späterer Stelle dieser Untersuchung bedeutsam[2].

Optimal genutzt werden sollen nach dem Willen des Gesetzgebers auch die Schöpfungen eines Komponisten. Sie sollen nicht nur durch den vom Urheber lizenzierten Unternehmer verbreitet werden können, sondern auch durch jeden anderen Unternehmer, § 22 LUG.

Der vorherrschende Gedanke bei Schaffung dieses Einwirkungsrechtes war allerdings ein anderer: Es sollte

---

1) vgl.o., S.86 ff.
2) vgl.u., S.123 ff.

die Musikindustrie begünstigt werden[1]. Die besonderen verfassungsrechtlichen Bedenken, die sich daraus ergeben, können erst in einem späteren Zusammenhang erörtert werden[2].

Auch bei der E n t e i g n u n g läßt sich das Prinzip der optimalen Güternutzung nachweisen: Es kann nicht bezweifelt werden, daß Gegenstände, die durch eine Enteignung entzogen werden, einem wichtigeren Zweck dienstbar gemacht werden: Bau von Verkehrslinien ist wichtiger als jede Nutzung von Grundstücken durch Einzelne. Der volkswirtschaftliche Nutzen der Verkehrslinien überwiegt bei weitem. Die Enteignung zur Durchführung eines Bebauungsplanes (§§ 85 ff BBauG) erzwingt eine geordnete und zweckmäßigere Bebauung der Grundstücke, sie erzwingt eine bessere Ausnutzung des Raumes, als sie durch die ungeordnete Nutzung Einzelner erreicht werden könnte[3].

bb) Die Funktion der Entschädigungspflicht

Wenn danach klargestellt ist, daß sowohl private gesetzliche Einwirkungsrechte als auch die Enteignung dem Prinzip der optimalen Güternutzung dienen, so ist andererseits ein Unterschied festzustellen in der Funk-

---

1) vgl. dazu Schulz, S.16-19 und Anhang S.41 ff; Liermann, S.11-15; RGZ 134,205 ff.

2) vgl.u., S.128 f.

3) Das verkennt Bullinger, Der Staat 1962, S.449 ff, wenn er Zweifel daran äußert, daß die Enteignung zugunsten Privater gem. §§ 85 Abs.1 S.1 u. 2, 87 BBauG dem öffentlichen Interesse dient, weil von ihr Private begünstigt werden, an deren Förderung keinerlei Interesse besteht. Das öffentliche Interesse liegt hier bereits in der Ermöglichung einer vernünftigen Raumordnung. Nicht um der privaten Interessen selbst willen wird enteignet, sondern um deren Ordnung willen. Die überragende Wichtigkeit einer solchen (Raum-)Ordnung wird heute allgemein anerkannt; vgl. z.B. das "Gutachten des Sachverständigenausschusses für Raumordnung".

tion der Entschädigungspflicht bei der Verwirklichung dieses Prinzips:

Bei einem Vergleich der privaten gesetzlichen Einwirkungsrechte, in denen sich der Gedanke der optimalen Güternutzung ausdrückt, fällt u.a. folgendes auf: Einige dieser Vorschriften haben den Gedanken der optimalen Güternutzung ausdrücklich zum Tatbestandsmerkmal erhoben. Das sind diejenigen Vorschriften, die ausdrücklich verlangen, daß der Eingriff Vorteile bringen muß, die erheblich über die zugefügten Nachteile hinausgehen, so die Zwangsrechte im Wasserrecht.[1)]

Bei anderen Vorschriften dagegen fehlt ein derartiges Tatbestandsmerkmal, so bei den §§ 917 BGB, 26 GewO, 9, 15 UmwG. Man könnte deshalb daran zweifeln, ob sich in diesen Vorschriften tatsächlich der Gedanke der optimalen Güternutzung verwirklicht.

Es war jedoch nicht erforderlich, dieses Ziel der optimalen Güternutzung in den Tatbestand der genannten Vorschriften aufzunehmen. Das Ziel wird vielmehr automatisch durch die bestehenden Entschädigungspflichten erreicht: Ist die Beeinträchtigung des Nachbarn oder des sonstigen Betroffenen so schwer und die daraus entstehende Ausgleichsforderung so hoch, daß der Beeinträchtigende sie nicht aufbringen kann, dann wird er sein Vorhaben einstellen oder gar nicht erst beginnen; dann stellt sein Vorhaben keine optimale Güternutzung dar, denn dann richtet er mehr Schaden an, als sein Eingriff an Werten schaffen kann. Ein Eingriff ist vielmehr nur dort sinnvoll, wo die Vorteile unverhältnismäßig größer sind, als die verursachten Schäden. Ist das der Fall, kann das beabsichtigte Unternehmen die Entschädigungen also aufbringen, dann ist auch der Eingriff in die Rechte des Betroffenen gerechtfertigt: Sie müssen der wertvolleren Güternutzung weichen.

Wie hier wäre also auch bei den Zwangsrechten nicht er-

---

1) vgl. o., S.67 ff., 72 f.

forderlich gewesen, die optimale Güternutzung zum Tatbestandsmerkmal zu machen. Auch dort hätte sich dies durch die Entschädigungspflicht automatisch geregelt: Kein vernünftiger Mensch wird ein Recht in Anspruch nehmen, wenn sich daraus Entschädigungspflichten ergeben, die sich der Höhe nach seinen daraus erzielten Vorteilen nähern.

Eine Schwäche dieses Mechanismus ist allerdings unverkennbar: Er funktioniert nur unter wirtschaftlich vernünftig denkenden Rechtssubjekten. Er schließt nicht aus, daß es im Einzelfall dahin kommt, daß sich der Gedanke der optimalen Güternutzung nicht verwirklicht, dann nämlich, wenn ein Unternehmer Schädigungen anderer und damit Ersatzpflichten in Kauf nimmt, die mit seinem Vorteil in keinem vernünftigen Verhältnis stehen. Diese Gefahr ist indes nicht sehr groß: In den meisten dieser seltenen Fälle wird der unvernünftig handelnde Unternehmer sich selbst ruinieren und die Beeinträchtigung anderer infolgedessen alsbald aufgeben müssen.

Die Abwägung, ob dieses Prinzip im Einzelfall zur Aufopferung zwingt oder nicht, ob also das private Einwirkungsrecht besteht, ist - wie sich zusammenfassend feststellen läßt - möglich aufgrund einer einfachen Gegenüberstellung von Geldwerten: Überwiegen die wirtschaftlichen Vorteile des Berechtigten erheblich die Nachteile des Betroffenen, so ist das Recht gegeben (oder, wie bei §§ 917 BGB, 9, 15 UmwG, es wird nur dann geltend gemacht).

Ganz anders bei der Enteignung:

Die durch eine Enteignung erzielten Vorteile lassen sich oft nicht in Geld abwägen, und vor allem: Die Enteignung findet vielfach nicht etwaiger geldwerter Vorteile wegen statt, im Gegenteil: Einer Enteignung solcher Vorteile wegen würde das öffentliche Interesse fehlen, fiskalische Interessen können kein öffentliches Interesse begründen. "Die dem Gemeinwohl dienende Ent-

eignung muß mehr sein als eine Vermögensverschiebung zum Vorteil der öffentlichen Hand"[1].

Ein wesentlicher Unterschied zwischen den privaten Einwirkungsrechten und der Enteignung besteht also darin, daß die bei beiden vorzunehmende Güterabwägung nach verschiedenen Maßstäben stattfindet: Bei den privaten Einwirkungsrechten ist es ein Vergleich von Geldwerten, bei der Enteignung muß ein öffentliches Interesse vorliegen, das sich nicht in geldwerten Vorteilen für den Staat erschöpft.

cc) Die Funktion des öffentliches Interesses

Die vorstehenden Erörterungen haben bereits angedeutet, daß das öffentliche Interesse bei den privaten gesetzlichen Einwirkungsrechten und bei der Enteignung eine unterschiedliche Rolle spielt. Das ist im folgenden genauer darzustellen:

Bei der Schaffung jeder Rechtsnorm durch den Gesetzgeber spielt das öffentliche Interesse eine Rolle:

Allgemein ist es das Interesse des Staates an einem reibungslosen Ablauf der Beziehungen zwischen den Rechtssubjekten, an einer Rechtsordnung, die neben der Verwirklichung ethischer Maximen eine optimale Ausnutzung wirtschaftlicher Möglichkeiten bezweckt.

In einer viel spezielleren Form kommt das öffentliche Interesse zum Ausdruck im Enteignungsrecht: Rechtssubjekte werden zur Aufopferung von Gütern zugunsten der Allgemeinheit gezwungen. Man könnte auch sagen, daß es sich im ersten Fall um ein Interesse des Staates in seiner Funktion als Gesetzgeber handelt, im zweiten Fall dagegen um ein Bedürfnis des Staates bei Ausübung seiner verwaltenden Tätigkeit[2].

---

1) so VHG Freiburg, Verw.Rspr. 2, 416; diese Entscheidung wird überall zustimmend zitiert, vgl. z.B. v.Mangoldt-Klein Art.14 Anm.VII, 6, S. 445/446; Huber II, S.54, Fußn.2; Weber, S.382/383; Scheuner, S. 94.

2) von den Fällen der Legalenteignung abgesehen.

Um ein öffentliches Interesse allgemeiner Art, also auf der Ebene des Gesetzgebers, handelt es sich bei den oben beschriebenen Einwirkungsrechten: Es sind zwar Vorschriften, die nicht nur allgemein dem Funktionieren der Rechtsbeziehungen zwischen Rechtssubjekten dienen, vielmehr werden darüber hinaus einzelne Rechtssubjekte gegenüber anderen begünstigt: Einigen wird ein Eingriff gestattet, anderen eine entsprechende Duldungspflicht auferlegt. Diese Begünstigung liegt auch im öffentlichen Interesse. Trotzdem wird hier in den meisten Fällen keine Enteignung bezweckt, denn eine solche zielt darauf ab, Rechtsgüter u n m i t t e l b a r dem Wohl der Allgemeinheit dienstbar zu machen, indem die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben des Staates ermöglicht wird[1]. Anders bei den Einwirkungsrechten: Die Begünstigung des Gewerbebetriebes in § 26 GewO, das Notwegrecht des § 917 BGB, das Überbaurecht, die wasserrechtlichen Zwangsrechte der §§ 330, 333, 334 prWG, die Zwangslizenz des § 22 LUG, die Notstandsrechte (§§ 904, 1005, 867, 962 BGB, 25 Abs.2 LuftVG), die Mehrheitsumwandlung, - alle diese Befugnisse führen, wenn sie ausgeübt werden, nicht zu einem unmittelbaren Vorteil des Staates oder eines mit hoheitlichen Aufgaben betrauten Unternehmers, sondern zunächst nur zu einem Vorteil der privaten Begünstigten. Erst durch deren Vorteil, eben durch die Verwirklichung des Prinzips der optimalen Güternutzung, ergibt sich mittelbar ein Vorteil für das Wohl der Allgemeinheit: Die Durchsetzung dieses Prinzips bringt einen volkswirtschaftlichen Gewinn, aber der Berechtigte wird nicht begünstigt, damit er irgendeine hoheitliche Aufgabe erfüllen kann.

Zwar geht es auch in den Fällen der Enteignung oft um volkswirtschaftlichen Gewinn, aber dieser wird unmittelbar verwirklicht. Bei den Einwirkungsrechten dagegen ist

---

1) vgl. die Begriffsbestimmung bei Huber II, S.19; zustimmend v.Mangoldt-Klein Art.14VII 2 a, S.440.

zwischen die Begünstigung des Wohls der Allgemeinheit die Begünstigung Privater in deren eigenem Interesse geschoben. Insofern ist es berechtigt, hier von einem nur "mittelbaren öffentlichen Interesse" zu sprechen.

Die Zulässigkeit der Eingriffe ist nach den gesetzlichen Regelungen nicht davon abhängig, daß sich dieser Gedanke im Einzelfall verwirklicht. Das "öffentliche Interesse" ist nicht zum Tatbestandsmerkmal der Eingriffsrechte gemacht. Es handelt sich vielmehr nur um eine Erwägung auf der Ebene des gesetzgeberischen Ermessens.

Das sei noch einmal an einem konkreten Beispiel erläutert:

Statt in § 917 BGB einen privatrechtlichen Anspruch auf Duldung des Notweges zu geben, hätte auch bestimmt werden können: "Zugunsten eines Grundstückseigentümers kann dem Nachbarn durch die Enteignungsbehörde die Duldung eines Notweges aufgegeben werden, wenn dies notwendig ist, um dem Grundstückseigentümer einen Zugang zu einem öffentlichen Weg zu verschaffen". Bei dieser Konstruktion bestände nur eine Schwierigkeit: Man würde sie wahrscheinlich als enteignungsrechtliche Norm auffassen. Dann müßte das öffentliche Interesse in jedem Einzelfall der Notwegabtretung geprüft werden, und man würde es gewiß nicht in jedem Fall bejahen können. Man könnte zwar argumentieren, es bestehe ein öffentliches Interesse daran, daß jedes Grundstück einer nutzbringenden Verwendung zugeführt werde; Grund und Boden seien ein derart knappes Gut, daß eine optimale Verwendung des gesamten Bodens angestrebt werden müsse, also müsse der verhältnismäßig geringfügige Eingriff des Notweges geduldet werden, um den wesentlich größeren Vorteil erreichen zu können, der in einer Nutzbarmachung des von öffentlichen Wegen abgeschnittenen Nachbargrundstücks liege.

Das wären sämtlich zutreffende Gedanken - allein, sie könnten das öffentliche Interesse nicht in allen Einzel-

fällen begründen, in denen der in § 917 BGB beschriebene Tatbestand vorliegt. Hieran zeigt sich, welche Funktion das "öffentliche Interesse" bei der Regelung des Notwegrechtes hat: Es steht hier nicht im Tatbestand, sondern auf der Ebene einer gesetzgeberischen Erwägung, die überhaupt erst den Anstoß zur Schaffung des Rechtsinstituts Notwegrecht gegeben hat. Wenn die Norm aber einmal geschaffen ist, ist ihre Anwendung im Einzelfall nicht davon abhängig gemacht, daß dieser Anwendungsfall den gesetzgeberischen Grundgedanken verwirklicht, daß also das öffentliche Interesse im Einzelfall vorliegt. Öffentliches Interesse dieser Art verwirklicht sich nicht unmittelbar im Einzelfall, sondern erst in der Summierung der Anwendungsfälle. Das ist keine Besonderheit des Notwegrechts. Hier zeigt sich vielmehr ein wichtiger Unterschied zwischen Enteignungsnorm und privatrechtlicher Einwirkungsnorm überhaupt: Bei Eingriffen aufgrund einer enteignungsrechtlichen Norm ist der gesetzgeberischw Zweck in der Formel des öffentlichen Interesses zum Tatbestandsmerkmal der Zulässigkeitsvoraussetzungen geworden, ist also in jedem einzelnen Anwendungsfall zu prüfen; bei den Einwirkungsrechten ist das nicht der Fall, bei ihnen hat das öffentliche Interesse nur auf der Ebene der gesetzgeberischen Erwägungen eine Rolle gespielt, es ist nicht zum Tatbestandsmerkmal geworden.

Es ist jedoch darauf hinzuweisen, daß dies nicht für § 15 PatG gilt: Diese Vorschrift macht die Erteilung der Zwangslizenz ausdrücklich davon abhängig, daß ein öffentliches Interesse besteht. Hier dürfte denn auch, wie bereits[1)] gezeigt, die Grenze zur Enteignung überschritten sein.

Zweifel könnten auch in folgenden Fällen auftauchen: Alle Zwangsrechte nach dem prWG können gemäß §§ 340 Abs.5, 49 Abs.1 prWG nur verliehen werden, wenn keine "überwiegenden Interessen des öffentlichen Wohles" entgegenstehen.

---

1) o., S.98 ff.

Dasselbe gilt gem. §§ 86 Abs.2, 87 Abs.2, 89 Abs.3, 90 Abs.1 S.1 nwWG. Diese Formulierung unterscheidet sich jedoch deutlich von der in § 15 PatG: Während dort positiv Vorliegen von öffentlichem Interesse im Einzelfall verlangt wird, ist das öffentliche Interesse hier ein Merkmal, das den Anspruch ausnahmsweise vernichten kann. Das ist ein wesentlicher Unterschied.

Wenn der Gesetzgeber in diesen Fällen nicht ganz auf das Merkmal "öffentliches Interesse" verzichtet hat, so bleibt das allerdings eigenartig. So ist z.B. das Notwegrecht des § 917 BGB nicht ausdrücklich an einen derartigen Vorbehalt geknüpft. Und oben[1)] war doch gerade herausgestellt worden, daß nur bei enteignungsrechtlichen Normen das "öffentliche Interesse" Tatbestandsmerkmal der Zulässigkeitsvoraussetzungen wird, daß es aber bei den privaten Einwirkungsrechten nur auf der Ebene der gesetzgeberischen Erwägungen eine Rolle spielt. Und man kann ferner einzuwenden versuchen: Wenn die Zwangsrechte ein Fall der privaten Einwirkungsrechte wären, müßte sich bei ihnen wie in den anderen Fällen der Mechanismus der optimalen Güternutzung "von allein" regeln, d.h. ohne Rückgriff auf den Begriff des öffentlichen Interesses, allein durch die wirtschaftliche Vernunft.

Bei genauer Betrachtung zeigt sich aber, daß die Zwangsrechte doch nicht allein stehen mit dieser Beschränkung durch das öffentliche Interesse; die Besonderheit besteht vielmehr allein darin, daß das öffentliche Interesse dort ausdrücklich erwähnt ist. Bei anderen privaten Einwirkungsrechten besteht dieser Vorbehalt ebenso, wenn er auch im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt wird: § 26 GewO sagt nicht, daß das Immissionsrecht ausnahmsweise bestehe, wenn an dem Schutz des beeinträchtigten Grundstücks ein besonderes öffentliches Interesse besteht. Auch in Literatur und Rechtsprechung wird - soweit ersichtlich - ein derartiger Vorbehalt nirgends gemacht; allerdings wird auch nirgends gesagt, das Immissionsrecht

---

1) S.97 ff.

setze sich auch gegenüber öffentlichen Interessen durch. Das Problem ist wohl deshalb bisher nicht erörtert worden, weil es praktisch kaum jemals auftauchen kann, vielmehr schon durch die Eigenart der gesetzlichen Konstruktion gelöst ist: Das Genehmigungsverfahren wird in aller Regel bewirken, daß eine Kollision gar nicht erst auftritt; auch gibt § 25 III GewO die Möglichkeit nachträglicher Auflagen. Außerdem kann gem. § 26 GewO der genehmigte Betrieb untersagt werden, wenn durch seine Lärmentwicklung "Kirchen, Schulen oder andere öffentliche Gebäude, Krankenhäuser oder Heilstätten" erheblich gestört werden.

Danach kann man also auch bei der Regelung des § 26 GewO sagen, daß jedenfalls im Ergebnis das Immissionsrecht durch entgegenstehendes überwiegendes öffentliche Interesse beschränkt ist. Entweder entsteht es erst gar nicht, oder es kann wieder genommen oder durch Auflagen eingeschränkt werden. Das ist zwar eine andere Konstruktion als bei den Zwangsrechten, im Erfolg aber doch dasselbe.

Das gleiche gilt bei dem Notwegrecht des § 917 BGB. Hier ist das Problem, ob sich das Einwirkungsrecht auch gegenüber öffentlichem Interesse durchsetzt, allerdings nicht durch ein Genehmigungsverfahren vorweg erledigt. Bezeichnenderweise ist es daher auch in der Literatur vereinzelt erkannt worden: R ü d e n b e r g [1] sagt, der Staat nehme als Eigentümer des Nachbargrundstücks zwar keine Sonderstellung ein, es könnten aber Gründe des öffentlichen Rechts ändernd eingreifen; dem schließt sich S e u f e r t [2] an. Ein anderes Ergebnis ist auch kaum denkbar: Man stelle sich vor, jemand verlangte einen Notweg durch eine öffentliche Parkanlage, über einen Truppenübungsplatz oder einen Schulhof.

Die Begründung für dieses Ergebnis ergibt sich allerdings nicht aus § 917 BGB. Sie liegt, wie bei Rüden-

---

1) S.83

2) in Staudinger-Seufert § 917 Rdn.3.

berg[1] und Seufert[1] nur angedeutet, im öffentlichen Recht: Es handelt sich um nichts anderes als um eine Aufopferung zugunsten der Allgemeinheit! Es handelt sich um die Sozialpflichtigkeit auch des Notwegrechtes. Das Notwegrecht ist als Inhalt des Eigentums wie dieses insgesamt und wie jedes Recht sozialpflichtig, es muß übergeordneten öffentlichen Interessen weichen[2]. Auch der Anspruch aus § 917 BGB steht daher unter dem ungeschriebenen Vorbehalt des überwiegenden öffentlichen Interesses.

Nichts anderes als dieser Vorbehalt ist in §§ 340 Abs.5, 49 Abs.1 prWG bei den Zwangsrechten ausgedrückt. Er würde auch bestehen, wenn er in diesen Vorschriften nicht ausdrücklich erwähnt worden wäre. Denn das Recht auf Einräumung eines Zwangsrechtes ist wie jedes Privatrecht sozialpflichtig.

dd) Das unterschiedliche Verhältnis von selbständigen und unselbständigen Einwirkungsrechten zur Enteignung

Bemerkenswert ist das unterschiedliche Verhältnis der Enteignung zu den privaten gesetzlichen Einwirkungsrechten, wenn man auf deren Einteilung in selbständige und unselbständige Einwirkungsrechte abstellt.

Bei den unselbständigen mittelbaren Einwirkungsrechten ist das materielle Recht, wie bereits oben[3] dargelegt, das dem Betroffenen die "Aufopferung" abnötigt, Inhalt eines anderen, umfassenderen Rechtes; es ist eine unselbständige Befugnis dieses Rechtes; es ist sein Inhalt.

Ganz anders bei der Enteignung: Nimmt man einen materiellen Enteignungsanspruch an[4], so ist dieser nicht

---

1) aaO.

2) Ob dafür dem Berechtigten eine Entschädigung gebührt, ist hier nicht zu prüfen.

3) S. 87

4) Wie es Seufert, S.24, und anscheinend auch Meyer-Thiel-Froberg, S.66, tun.

unselbständiger Ausfluß einer umfassenderen Befugnis, sondern ein selbständiges Recht des Staates oder des mit Enteignungsrecht "beliehenen" Unternehmers.

Die unselbständigen Einwirkungsrechte knüpfen an die Innehabung eines Rechtes an, der Berechtigte wird durch eine besondere Rechtsposition bestimmt. Die Enteignung hingegen knüpft an bestimmte Vorhaben oder Eigenschaften des Staates oder eines Unternehmers an, gibt also eine privilegartige Befugnis, eine einseitige Bevorzugung, um einen bezweckten Nutzeffekt herbeizuführen[1]).

Genau dasselbe kann man aber auch von den selbständigen Einwirkungsrechten sagen: Auch sie sind Personen und Unternehmern mit bestimmten Vorhaben oder Eigenschaften gegeben, also etwa "zugunsten eines Unternehmens, das die Entwässerung von Grundstücken bezweckt" (§ 331 prWG) oder "jedes Dritten", der sich mit der Vervielfältigung von Werken der Tonkunst befaßt (§ 22 LUG).

Hier deutet sich schon an, daß die selbständigen Einwirkungsrechte der Enteignung näher stehen als das die unselbständigen Einwirkungsrechte tun.

Bei genauer Betrachtung fällt folgendes auf:

Keine Sache kann benutzt und kein Recht ausgeübt werden, ohne daß es zur Kollision mit anderen Rechten kommen kann. Offensichtlich und allgemein bekannt ist das beim Grundeigentum. Besonders deutlich sind die Kollisionen von Rechtsausübungen aber auch im Wasserrecht zu erkennen, woraus sich die dortige Vielzahl von Kollisionsnormen erklärt. Nicht anders aber ist es auch bei der Mehrheitsumwandlung: (Stimm-) Rechtsausübung in der Hauptversammlung einer AG kollidiert stets mit der Rechtsausübung von Aktieninhabern, die entgegengesetzt abstimmen. Die Regelungen über Abstimmungen, Mehrheiten und qualifizierte Mehrheiten sind nichts anderes als

---

1) Diese eigenartige Parallelität, wenn nicht Identität, von Privileg und Enteignungsnorm wird - soweit ersichtlich - bislang nur von Liermann aaO, S.31 ff deutlich herausgestellt.

die Regelung der - unvermeidbaren - Kollisionen zwischen den Rechten der Aktionäre.

Diese unselbständigen Einwirkungsrechte unterscheiden sich von der Enteignung wie auch von den selbständigen Einwirkungsrechten dadurch, daß sie "Kollisionsnormen" sind:

"Kollisionsnormen" sind mehr als Normen, die einen Interessenkonflikt regeln. Das tun schließlich auch Bestimmungen über das Verhältnis Gläubiger - Schuldner beim gegenseitigen Vertrag, die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung und viele andere mehr, wie ja überhaupt die wesentliche Aufgabe der Gesetze ist, Interessengegensätze zu regeln. Von diesen überall anzutreffenden Normen unterscheiden sich die Kollisionsnormen dadurch, daß der geregelte Interessenkonflikt aus der unvermeidbaren Kollision bei der Innehabung und Ausübung von absoluten Rechten entsteht. Gegenseitige Beeinträchtigungen nebeneinanderliegender Grundstücke sind unvermeidbar wie auch die gegenseitigen Störungen bei der Wassernutzung.

Wenn man die Regelung derartiger Kollisionen als Enteignungen (genau: als Vorschriften, die eine Enteignung zulassen) ansehen würde, so würde man dem Gesetzgeber eine Beschränkung auferlegen, die der Sache unangemessen wäre: Es war soeben festgestellt worden, daß die unselbständigen privaten Einwirkungsrechte den Inhalt von Rechten bestimmen. Wenn in allen diesen Fällen eine Kollisionsregelung nur in der Weise vorgenommen werden könnte, daß Einwirkungen auf das kollidierende Recht nur zulässig wären, wenn dafür im Einzelfall ein öffentliches Interesse vorläge, dann wäre die Befugnis des Gesetzgebers, den Inhalt der Rechtsinstitute zu bestimmen, in einer Weise eingeschränkt, die kaum zu vertreten wäre: Es würde grundsätzlich bei jeder Kollision der Einwirkende zu weichen haben. Eingriffe könnten nur bei unmittelbarem öffentlichen Interesse gestattet sein, also in den seltensten Fällen.

c) Die Lösung

Die Antwort auf die Frage, ob der Gesetzgeber private gesetzliche Einwirkungsrechte beliebig schaffen darf, ist jetzt wesentlich einfacher geworden. Die gestellte Frage läßt sich nämlich zurückführen auf die Frage, ob und inwieweit der Gesetzgeber Eingriffsrechte schaffen darf, zu deren Voraussetzungen nicht ein öffentliches Interesse gehört.

Nach dem in den vorhergehenden Abschnitten Gesagten ist bewiesen, daß es neben dem öffentlichen Interesse einen zweiten Grund zur Schaffung von Eingriffsrechten gibt: Die Notwendigkeit von Kollisionsregelungen.

Eine dritte Rechtfertigung für die Schaffung von Eingriffsrechten neben Kollisionsregelung und öffentlichem Interesse ist nicht ersichtlich. Einer solchen besonderen Rechtfertigung bedarf es aber. Denn eine jede Schaffung von Eingriffsbefugnissen ist eine Einschränkung der grundsätzlichen Eigentumsfreiheit.

Man könnte einwenden, die Befugnis des Gesetzgebers zur Schaffung von Einwirkungsbefugnissen ergebe sich aus Art.14 Abs.1 S.2 GG, wonach er Inhalt und Schranken des Eigentums bestimmt, worin aber keine Beschränkung auf Kollisionsregelungen enthalten sei.

Dieser Einwand ist bereits widerlegt: Wenn man jede Inhaltsbestimmung, die nicht Enteignung ist, ohne die Schranken des Art.14 Abs.3 GG zulassen will, so kann Art.14 Abs.3 GG leicht umgangen werden, indem der Gesetzgeber private Eingriffsbefugnisse schafft. Das ist schon in dem Abschnitt über "die Vertauschbarkeit der rechtstechnischen Konstruktionen" bewiesen worden[1].

Es liegt vielleicht noch nahe, das Prinzip der optimalen Güternutzung[2] als eine Einschränkung der Befugnis des Gesetzgebers zur Inhaltsbestimmung des Eigentums anzu-

---

1) vgl. o., S.90 ff.
2) vgl. dazu im einzelnen o., S.104 ff.

sehen, etwa in der Weise, daß der Gesetzgeber den Inhalt des Eigentums und gesetzliche Einwirkungsrechte nur so bestimmen darf, daß dadurch eine optimale Güternutzung erzielt wird.

Es wäre jedoch unmöglich, dieses Prinzip zu einem derart zentralen Grundsatz der gesamten Rechtsordnung zu machen. Zwar wäre vielleicht denkbar, daß eine Rechtsordnung existiert, die aus diesem Prinzip heraus jedermann ein Recht gibt, auf fremde Rechte einzuwirken, wenn er sich dadurch Vorteile verschaffen kann, die die dem anderen zugefügten Nachteile überwiegen, so daß - gesamtwirtschaftlich gesehen - eine bessere Verwendung des beeinträchtigten Rechtsgutes herbeigeführt würde. Führte man jedoch eine derartige Regelung folgerichtig durch, so gäbe es kein Eigentum mehr, weder als Rechtsinstitut noch als Recht des Einzelnen; jedenfalls nicht in dem Sinne, wie es heute verstanden wird. Es würde ein fortwährender Güteraustausch erzwungen werden, der so lange dauert, bis jedes Gut seine optimale Verwendungsmöglichkeit gefunden hat. Eine solche Regelung ist in einem Staat, der das Prinzip der Eigentumsfreiheit als einen seiner wesentlichen Grundsätze ansieht, nicht denkbar. Das Prinzip der optimalen Güternutzung steht also geradezu in einem Gegensatz zur Eigentumsgarantie. Es muß von dort her eingeschränkt werden.

Notwendigkeit einer Kollisionsregelung und öffentliches Interesse sind danach die einzigen Gründe, die eine Einschränkung der grundsätzlichen Eigentumsfreiheit des Gesetzgebers rechtfertigen können.

Damit ist jetzt auch die Problematik der mittelbaren Einwirkungsrechte zu lösen: Daß ihre Ausübung keine Enteignung ist, war bereits oben[1)] gezeigt worden. Jetzt kann als weiteres Ergebnis festgestellt werden, daß sie entweder so konstruiert sein müssen, daß sie nur bei Vorliegen eines öffentlichen Interesses im Einzelfall

---

1) vgl. S.87 ff.

ausgeübt werden können oder daß sie eine Kollisionsregelung im soeben beschriebenen Sinne sein müssen.

Umgekehrt ausgedrückt: Einwirkungsrechte, die keine Kollisionsregelung sind, müssen so konstruiert sein, daß sie nur im öffentlichen Interesse ausgeübt werden können. Bei Kollisionsregelungen dagegen darf - nicht: muß - diese Einschränkung fehlen.

Fügt man hier nun das bereits oben[1)] gefundene Ergebnis ein, daß nur die unselbständigen Einwirkungsrechte Kollisionsnormen sind, so ergibt sich weiter folgendes:

Diese unselbständigen Einwirkungsrechte brauchen nicht so konstruiert zu werden, daß ihre Ausübung vom Vorliegen eines öffentlichen Interesses im Einzelfall abhängig ist.

Die selbständigen Einwirkungsrechte dagegen müssen vom Gesetzgeber so konstruiert werden, daß sie nur ausgeübt werden können, wenn für diese Ausübung ein öffentliches Interesse besteht. Diesem Erfordernis wird genügt, wenn die Konstruktion der Enteignung gewählt wird. Ihm kann aber auch mittels anderer Konstruktionen genügt werden. Die Frage, ob man bei solchen anderen Konstruktionen noch von Enteignung sprechen kann, wird dann bedeutungslos. Das zeigt sich bei § 15 PatG[2)] und bei der Grundabtretung zu Eigentum im Falle des § 136 Abs.2 ABG[3)4)].

Wie leicht der Enteignungsbegriff bei der Eigentumsgarantie zu entbehren ist, zeigen die Formulierungen

---

1) S. 119

2) vgl. u., S.129

3) vgl. u., S.185 ff.

4) So argumentiert - mit anderen Worten - auch Weber (Urheberrecht und Verfassung, S.26), wenn er im Falle des § 22 LUG, den er ausdrücklich nicht als Enteignung bezeichnet, sagt, die Vorschrift sei grundgesetzwidrig, weil der "Eigentümer" nicht "zugunsten partikulärer unternehmerischer Interessen depossediert werden" dürfe. (Ähnlich - aber in anderem Zusammenhang -: Sellmann, DVBl. 1958, S.170 ff - 172 l.Sp. -).

des Art.1 der Konvention zum Schutz der Menschenrechte[1], mit denen das bisherige Ergebnis der vorliegenden Untersuchung übereinstimmt:

> Abs.1: "Jede ... Person hat ein Recht auf Achtung ihres Eigentums. Niemandem darf sein Eigentum entzogen werden, es sei denn, daß das öffentliche Interesse es verlangt, ..."
>
> Abs.2: "Die vorstehenden Bestimmungen dürfen jedoch in keiner Weise das Recht des Staates beeinträchtigen, diejenigen Gesetze anzuwenden, die er für die Regelung der Benutzung der Eigentumswerte in Einklang mit dem Allgemeininteresse ... für erforderlich hält."

Hier ist m.E. dieselbe Zweiteilung ausgedrückt, die auch in der vorliegenden Untersuchung vertreten wird: Entziehung des Eigentums im öffentlichen Interesse und:
- nichts anderes als dies besagen m.E. die Worte "Regelung der Benutzung der Eigentumswerte" - Kollisionsregelung.

3. Weitere verfassungsrechtliche Schranken bei der Ausgestaltung unselbständiger Einwirkungsrechte

> "Es ist selbstverständlich, daß jede gesetzliche Inhalts- und Schrankenbestimmung sowohl die grundlegende Wertentscheidung des GG zugunsten des Privateigentums im herkömmlichen Sinne zu beachten hat, als auch mit allen übrigen Verfassungsnormen in Einklang stehen muß, also insbesondere dem Gleichheitssatz, dem Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und den Prinzipien der Rechts- und Sozialstaatlichkeit".

So lautet einer der entscheidenden Sätze des Bundesverfassungsgerichts in dem schon erwähnten "Feldmühleurteil"[2]. Darin liegt zunächst eine Bestätigung der hier vertretenen Ansicht, daß der Gesetzgeber im Rahmen des gesetzestechnisch Möglichen nicht frei schalten und walten kann, sondern Zweck und Wertungen des Art.14 GG (oder, wie man recht allgemein auch sagen kann: "die grundlegende Wertentscheidung des GG zugunsten des Pri-

---

1) Zusatzprotokoll v. 20.3.1952; abgedruckt u.a. bei Weber, S.336/337.

2) NJW 1962, S.1667.

vateigentums") beachten muß. Praktikable Richtlinien für die Prüfung, ob der Gesetzgeber in einem konkreten Fall die "grundlegende Wertentscheidung ..." beachtet hat, werden damit nicht gegeben. Derartige Konkretisierungen sind aber noch erforderlich. Nicht einmal die hier vertretene Beschränkung der Befugnis des Gesetzgebers auf die Gestaltung von Kollisionsrechten ist eine genügende Begrenzung der Befugnisse des Gesetzgebers.

Eine noch offene Frage ist nämlich die, ob der Gesetzgeber private Einwirkungsrechte konstruieren darf, deren Ausübung entschädigungslos zulässig ist. Diese Frage ist jedoch leicht zu verneinen: Der Zweck der Kollisionsregelung, nämlich die Schaffung einer funktionsfähigen Sachgüterordnung, rechtfertigt keine entschädigungslosen Eingriffe. Vielmehr ist eine Entschädigungspflicht der beste Schutz für einen Mißbrauch der Eingriffsbefugnis[1].

Oben[2] war gezeigt worden, daß alle privaten Eingriffsrechte wie auch die Enteignung das Prinzip der optimalen Güternutzung verwirklichen. Bei den selbständigen Einwirkungsrechten und bei der Enteignung braucht dieses Prinzip nicht besonders herausgestellt zu werden; denn es ist im Merkmal des öffentlichen Interesses enthalten. Wenn ein Gegenstand überwiegendem öffentlichen Interesse nutzbar gemacht wird, so bedeutet das eben u.a. auch, daß er einer wertvolleren Nutzung zugeführt wird.

Anders bei den unselbständigen Einwirkungsrechten: Hier fehlt das Merkmal des öffentlichen Interesses. Deshalb kann die Verwirklichung des Prinzips der optimalen Güternutzung nicht auf diese Weise gewährleistet werden. Es muß vielmehr gefordert werden, daß der Gesetzgeber auf andere Weise dafür sorgt, daß die Kollisionsregelungen nur unter Wahrung dieses Prinzips getroffen werden.

---

1) vgl. dazu o., S.108 ff.

2) S. 104 ff.

Daß dies tatsächlich auch geschehen ist, wurde bereits dargelegt[1].

4. Überprüfung der privaten Einwirkungsrechte an den entwickelten Maßstäben

Es läßt sich jetzt leicht aufzeigen, inwieweit sich die einzelnen behandelten privaten Einwirkungsrechte in den von Art.14 GG gezogenen Schranken halten, inwieweit sie seine "Wertungen" beachten.

Für die unselbständigen Einwirkungsrechte ist in diesem Zusammenhang - außer der entscheidenden Qualifizierung als Kollisionsnormen - folgendes festzustellen:

Sie sind sämtlich nur gegen Entschädigung gewährt. Für den Notweg ist eine Rente zu zahlen, § 917 Abs.2 S.1 BGB. Wer nach § 26 GewO übermäßige Immissionen dulden muß, hat einen Anspruch auf "Schadloshaltung". Bei der gesellschaftsrechtlichen Umwandlung sind die Ausscheidenden "angemessen" abzufinden, § 12 I UmwG; der Eigentümer, der nach § 904 BGB eine Einwirkung auf seine Sache dulden muß, kann gem. Satz 2 dieser Vorschrift "Ersatz des ihm entstehenden Schadens" verlangen; dasselbe gilt bei der Ausübung des Notlanderechts nach dem Luftverkehrsgesetz, vgl. § 25 Abs.3 LuftVG. Ebenso kann der nach §§ 1005, 867, 962 BGB dem Verfolgungsrecht ausgesetzte Grundbesitzer Ersatz des entstehenden Schadens (evtl. auch Sicherheitsleistung vor der Gestattung) verlangen, vgl. §§ 867 S.2 und 3, 962 S.3 BGB.

Für sämtliche der erwähnten Vorschriften ist ein legitimes gesetzgeberisches Interesse gegeben, sie sind nicht willkürlich gewährt, sondern auf Grund sachlicher Notwendigkeit: Sie beruhen, wie bereits dargestellt[2], auf dem Prinzip der optimalen Güternutzung. Gleichzeitig erfährt dieses Prinzip aber keine schrankenlose Ausdehnung, sondern bleibt auf eng umrissene Tatbestände be-

---

1) vgl. o., S.104 ff.
2) vgl. o., S.104

grenzt. Das sind sachgerechte Erwägungen zugunsten des Wohls der Allgemeinheit.

Zweifelhaft kann dies nur bei der Mehrheitsumwandlung sein. Das BVerfG[1] hat die Regelung für verfassungsmäßig gehalten, weil in der modernen Wirtschaft Erwägungen des allgemeinen Wohls zugunsten der "freien unternehmerischen Initiative im Konzern" sprächen. Es kann fraglich sein, ob damit nicht die Grenzen überschritten sind, ob nämlich die erreichten Vorteile für das Wirtschaftsleben so überragend sind, daß sie den Eingriff in das Eigentum noch als ein verhältnismäßiges Mittel rechtfertigen. Die Zweifelsfrage braucht aber im Zusammenhang der vorliegenden Untersuchung nicht entschieden zu werden.

Alle erwähnten Fälle - zweifelhaft ist hier wiederum nur der Fall des UmwG - haben in ihren Tatbestand die Notwendigkeit des Eingriffs aufgenommen und damit einer Willkür vorgebeugt.

Der Anspruch aus § 917 BGB ist nur gegeben, wenn zur "ordnungsgemäßen Benutzung" des Grundstücks die Verbindung zu einem öffentlichen Weg mittels Notweg erforderlich ist.

Das Nostandsrecht des § 904 BGB ist davon abhängig, daß ein Eingriff "zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr notwendig" ist.

Ein Notlanderecht aus § 25 II 1 LuftVG besteht nur, wenn die Landung "aus Gründen der Sicherheit erforderlich" ist.

Wenn in §§ 1005, 867 BGB die "Notwendigkeit" im Tatbestand nicht ausdrücklich erwähnt ist, so kommt das allein daher, daß sie sich hier schon aus der Natur der Sache ergibt: Wenn jemandes Sache auf ein fremdes Grundstück gelangt ist, dann ist es eben notwendig, sie dort wieder wegzuholen.

Nur scheinbar anders ist die Regelung des § 26 GewO:

---

1) aaO S. 1668.

Hier ist das Einwirkungsrecht, so könnte man sagen, daran geknüpft, daß der einwirkende Betrieb genehmigt ist. So betrachtet, hätten alle genehmigten Betriebe eine generelle Immissionsbefugnis. Danach könnte immerhin zweifelhaft sein, ob Willkür durch diese Regelung ausgeschlossen, ob die sachliche Notwendigkeit im Einzelfall gewährleistet ist. Diese Gewähr ist aber jedenfalls dadurch gegeben, daß ein Immissionsrecht nach § 26 GewO nur besteht, wenn die Immission nicht durch technisch mögliche und wirtschaftlich zumutbare betriebliche Maßnahmen (Luftreinigung, Schallisolierung) verhindert werden kann. Außerdem ist hier zu beachten, daß das Einwirkungsrecht des § 26 GewO nur nach vorangegangenem Genehmigungsverfahren entsteht und daß bereits in diesem Verfahren die gegensätzlichen Interessen gegeneinander abgewogen werden, so daß hier eine Vielzahl von möglichen Kollisionen verhindert wird.

Eine Gewähr für den Ausschluß von Willkür und von unsachgemäßer Ausübung des Einwirkungsrechtes fehlt nur bei der Mehrheitsumwandlung, wodurch sich wiederum erhebliche Zweifel an seiner Verfassungsmäßigkeit ergeben: Der Gesetzgeber hat sich hier mit der allgemeinen Erwägung begnügt, daß eine Stärkung und Unterstützung der unternehmerischen Initiative im Konzern wünschenswert ist, ohne durch Tatbestandsmerkmale für den Einzelfall Mißbräuchen und unsachgemäßer Anwendung vorgebeugt zu haben. Einzige Voraussetzung für die Durchsetzung der Umwandlung ist die Dreiviertelmehrheit. Wer diese hat, kann umwandeln.

Zu beachten bleibt auch die schon erwähnte Schutzfunktion, die allein schon das Bestehen des Entschädigungsanspruchs ausübt: Setzt man voraus, daß die Anspruchsberechtigten wirtschaftlich vernünftig handeln, so ergibt sich, daß die Eingriffsrechte nur dann ausgeübt werden, wenn der Berechtigte die automatisch sich ergebende Ausgleichszahlung aus zwingender Notwendigkeit auf sich nehmen muß. Nur bei der Mehrheitsumwandlung

funktioniert dieser Mechanismus nicht; deshalb müssen dort die tatbestandlichen Voraussetzungen besonders genau und umfassend geregelt sein, damit es nicht zu Einwirkungen kommt, die nicht mehr einer sachgerechten Güterabwägung entsprechen und damit den Eigentumsschutz des Art.14 GG ungerechtfertigt einschränken.

Für die selbständigen Einwirkungsrechte dagegen gilt im Einzelnen folgendes:

Bei § 22 LUG, der urheberrechtlichen Zwangslizenz, wird zwar ein Anspruch auf Erteilung der Lizenz begründet. Dieser Anspruch ist vor dem ordentlichen Gericht zu verfolgen. Hier liegt aber keine Kollisionsregelung vor, hier wird vielmehr ein Privileg für die Schallplattenindustrie begründet[1].

Nach heutiger Rechtsauffassung aber darf der wirtschaftliche Protektionismus, der in § 22 LUG zum Ausdruck kommt[2] nicht zulasten der Urheber geregelt werden. Diese haben zwar im Ergebnis keinen Vermögensnachteil. Aber ihr geistiges Eigentum unterliegt weitgehenden Zugriffen Privater. Wenn das weder durch die Notwendigkeit einer Kollisionsregelung gerechtfertigt, noch auf Fälle des öffentlichen Interesses beschränkt wird, so verletzt eine derartige Rechtsetzung die Grundentscheidung der Verfassung zugunsten des Eigentums.

Die Schallplattenindustrie hätte auch - wenn das für ihren wirtschaftlichen Bestand erforderlich war - durch Steuerpräferenzen oder ähnliche Maßnahmen unterstützt werden können. Das Förderungsbedürfnis rechtfertigt keine Einschränkung des geistigen Eigentums in Fällen, in denen kein öffentliches Interesse besteht.

§ 22 LUG ist daher - zwar keine Enteignung, aber doch - verfassungswidrig[3]. Dasselbe gilt von § 22 a LUG. Diese

---

1) vgl. im Einzelnen o., S.74 ff.

2) Begünstigung der Schallplattenindustrie, vgl.o. S.76

3) Zu demselben Ergebnis kommt mit ganz ähnlichen Erwägungen Weber (Urheberrecht und Verfassung, vgl. insbes.

Vorschriften sind auch kaum mit einer verfassungskonformen Auslegung zu halten: Sie müßten dahin ergänzt werden, daß die Zwangslizenz nur erteilt wird, wenn dafür ein öffentliches Interesse besteht. Das wird aber kaum jemals der Fall sein.

Allen verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt hingegen § 15 PatG. Diese Zwangslizenz wird nur erteilt, wenn ein öffentliches Interesse besteht. Bei der Anwendung dieser Vorschrift wird allerdings stets darauf zu achten sein, daß der Begriff des öffentlichen Interesses eng aufgefaßt wird.

Die wasserrechtlichen Zwangsrechte der §§ 331, 332 prWG zugunsten von Unternehmern mit bestimmten Vorhaben müßten hingegen, wenn sie noch geltendes Recht wären, in dem oben erläuterten Sinne ergänzt werden: Sie wären nur zulässig, wenn im Einzelfall ein öffentliches Interesse gegeben wäre und nicht nur dann unzulässig, wenn, wie § 332 Abs.3 prWG formuliert, durch das Unternehmen wichtige öffentliche Interessen geschädigt würden.

Für das geltende Wasserrecht ergibt sich folgendes:

Für die Zwangsrechte nach dem ndsWG gilt dasselbe wie für das prWG; denn die Regelungen stimmen wörtlich überein.

Zu den Zwangsrechten nach dem nwWG ist etwas ausführlicher Stellung zu nehmen: §§ 86, 97 enthalten Zwangsrechte zugunsten besonderer Unternehmen. Sie enthalten keine nachbarrechtliche Kollisionsregelung. Das Gesetz mußte sie daher als Enteignung konstruieren. Es genügte daher nicht, wenn § 86 Abs.2 bestimmte:" ... und das Wohl der Allgemeinheit nicht entgegensteht". Aus einer solchen Formulierung ist nämlich zu entnehmen, daß das Unter-

---

S.18,19,21,26), der ausführt, § 22 LUG stelle allenfalls in einem "verfassungsrechtlich irrelevanten, vulgären Sinne, nicht aber nach präzisem juristischen Verständnis" eine Enteignung dar. Die Zwangslizenz "depossediere" aber den Urheber zugunsten "partikulärer unternehmerischer Interessen". Das sei eine Entrechtung, die der Eigentumsgarantie des Grundgesetzes nicht entspreche.

nehmen n i c h t dem Wohl der Allgemeinheit zu dienen braucht[1]. Eingriffe in das Eigentum, die weder aufgrund von Kollisionsnormen gestattet sind, noch im unmittelbaren öffentlichen Interesse erfolgen, sind aber nach den Ergebnissen der vorliegenden Untersuchung unzulässig. Eine Norm, die sie trotzdem zuläßt, ist verfassungswidrig. Das gilt auch von '§ 86 nwWG.

§ 85 nwWG hingegen bestimmt: "Soweit die Gewässerkunde es erfordert ...". Diese Formulierung ist m.E. so zu verstehen, daß darin nur eine besondere Form des öffentlichen Interesses liegt. Daher bestehen gegen § 85 nwWG keine Bedenken.

Für § 89 nwWG, ein Zwangsrecht zugunsten von Unternehmern bei dem § 86 Abs.2 nwWG entsprechend anzuwenden ist, (vgl. § 89 Abs.3) gilt dasselbe wie für § 86: Es hätte das Vorliegen von unmittelbarem öffentlichen Interesse im Einzelfall zur Voraussetzung gemacht werden müssen. Da das nicht geschehen ist, ist § 89 nwWG verfassungswidrig.

Die Zwangsrechte der §§ 87 und 88 nwWG hingegen sind typische Kollisionsregelungen. Berechtigt sind nämlich Personen, die Rechte am Gewässer haben. Die genannten Vorschriften regeln die Kollision dieser Rechte mit anderen und streben eine optimale Nutzung der Gewässer an. Dagegen bestehen nach den Ergebnissen der vorliegenden Untersuchung keine Bedenken.

5. Die Rechtsnatur der unselbständigen Einwirkungsrechte, dargestellt am Entschädigungsanspruch

a) Die Rechtsnatur des Entschädigungsanspruchs

Die hier behandelten unselbständigen Eingriffsrechte sind, wie gezeigt, sämtlich mit Entschädigungsansprüchen gekoppelt, keiner dieser Eingriffe wird entschädigungslos gewährt (wenn man einmal von § 906 BGB absieht).

---

1) Diesen Schluß zieht auch Burghartz, § 86 nwWG Anm.8.

Das Gesetz bezeichnet die Ersatzansprüche oft als Schadenersatzansprüche, vgl. §§ 904, S.2, 867 S.2, 962 S.2 BGB, 25 Abs.3 LuftVG. § 26 GewO spricht von "Schadloshaltung".

Der Ersatzanspruch aus § 26 GewO wird in der Literatur oft als "Aufopferungsanspruch" oder als "Ausgleichsanspruch" aus einer "Aufopferung" bezeichnet[1]. Das hängt zwar damit zusammen, daß in der Ausübung des Immissionsrechtes des § 26 GewO häufig ungenau die Ausübung hoheitlicher Gewalt gesehen wird[2], zeigt aber jedenfalls doch, daß man dem Anspruch auf "Schadloshaltung" aus § 26 GewO im Vergleich zu einem Schadenersatzanspruch als etwas wesensmäßig anderes ansieht. E n n e c c e r u s - L e h m a n n [3] wollen den Anspruch aus § 26 GewO allerdings, obwohl sie von "Aufopferungsanspruch" sprechen, wie einen deliktischen Anspruch behandeln, da er einen "an sich" rechtswidrigen Eingriff voraussetze. Etwas widersprüchliche Formulierungen finden sich zu § 904 BGB. So spricht B a u r [4] einerseits von Schadenersatzanspruch, andererseits davon, daß das vom Eigentümer gebrachte "Sonderopfer" ihn berechtige, "den Ausgleich des Schadens zu fordern (Auopferungsgedanke)". W e s t e r m a n n [5] spricht einerseits von "Ersatzanspruch", andererseits von "Pflicht zur Aufopferung".

Der Anspruch auf Notwegrente gemäß § 917 Abs.3 S.1 BGB wird nirgends als Schadenersatzanspruch bezeichnet. Gewiß nicht als Schadenersatzanspruch ist das Recht des Minderheitsaktionärs gemäß § 12 Abs.1 UmwG anzusehen; diese Vorschrift gibt Anspruch auf "angemessene Abfindung".

---

1) vgl. Palandt, § 906 Anm.5 b; Westermann, § 28 III 3; Baur, § 25 2 d, e.

2) vgl.o., S.44 f.

3) § 229 V a.E.

4) § 25 III 1

5) § 28 III 1

Hat man einmal das Gemeinsame der hier erörterten Regelungen von privaten Einwirkungsrechten erkannt, so erstaunt es, daß die mit diesen Rechten korrespondierenden Entschädigungsansprüche derart unterschiedlich qualifiziert werden. Im Nachbarrecht spricht man von Aufopferung, im Notstandsrecht von Schadenersatz, im Gesellschaftsrecht von Abfindung.

Ein Anlaß, die Berechtigung dieser Unterscheidung näher zu prüfen, besteht nur, wenn diese Unterschiede nicht nur terminologischer Art sind, sondern praktische Folgen haben könnten.

Das könnte der Fall sein: Ein Schadenersatzanspruch geht stets auf "vollen" Wertersatz. Was "voller" Ersatz ist, kann man allerdings nicht generell bestimmen. Das hängt damit zusammen, daß der Begriff "Schaden" bis heute nicht geklärt ist. Eines kann man aber jedenfalls sagen: Der Umfang "echter" Schadenersatzansprüche richtet sich nach §§ 249 ff. BGB. Die Aufopferungs- oder Ausgleichsansprüche gehen dagegen nach einer weit verbreiteten Meinung nicht auf "vollen" Ersatz der erlittenen Nachteile, sondern nur auf "angemessene Entschädigung", was ein weniger gegenüber vollem Ersatz sein soll.

Der Verfasser ist zwar der Ansicht, daß diese Unterscheidung nur selten praktische Bedeutung hat, daß vielmehr auch bei den sog. Ausgleichs- oder Aufopferungsansprüchen in der Regel "voller" Ersatz geleistet werden muß. Das wird weiter unten ausgeführt[1)].

Die weitgehend vertretene Meinung jedoch, daß einige der erwähnten Vorschriften Schadenersatzansprüche, andere dagegen "nur" Ausgleichsansprüche seien, die Meinung also, daß nicht alle Fälle bei der Höhe der Entschädigung gleich zu behandeln seien, ist Anlaß genug zu prüfen, ob tatsächlich die erwähnten Ersatzansprüche rechtlich verschieden zu qualifizieren

---

1) vgl. S. u., S.136 ff.

sind. Zudem ist der Unterschied möglicherweise wichtig für die Frage der Verjährung. So vertritt H u b m a n n [1] die Ansicht, der Ausgleichs- oder Aufopferungsanspruch verjähre wegen seiner Ähnlichkeit mit dem Bereicherungsanspruch nicht entsprechend § 852 BGB in drei Jahren, sondern nach § 195 S.1 BGB in 30 Jahren[2].

Schadenersatzansprüche und Ausgleichsansprüche werden in Erörterungen über ihre Rechtsnatur gelegentlich dadurch unterschieden, daß Schadenersatz für rechtswidrige Schädigungen (Verschuldens- oder Gefährdungshaftung), Ausgleich aber für rechtmäßige Eingriffe geschuldet werde[3].

Diese Terminologie wird allerdings überwiegend nicht durchgeführt; so fassen E n n e c c e r u s - L e h m a n n [4] unter die "Hauptgründe der Schadenersatzpflicht" auch den "erlaubten Eingriff in fremden Rechtskreis (§§ 904, 867 BGB, 26 GewO)".

Terminologische Streitigkeiten zu klären, besteht hier kein Anlaß. Es liegt ihnen aber die sachliche Frage, ob die erwähnten Fälle von Ausgleichsansprüchen für Duldung von Eingriffen Haftung für Unrecht sind oder ob diese Fälle eine Haftung für rechtmäßiges Verhalten darstellen[5], zugrunde.

Bei § 904 BGB liegt unstreitig ein Entschädigungsanspruch für rechtmäßiges Verhalten vor, denn § 904 BGB schafft einen "Rechtfertigungsgrund" für Eingriffe, d.h. der Eingreifende handelt rechtmäßig, eine Notwehr ist nicht möglich[6].

---

1) JZ 58, 489 (492).

2) Für den öffentlich-rechtlichen Aufopferungsanspruch ebenso: BGHZ 9, 2o9.

3) vgl. z.B. Hubmann, JZ 58, 489 ff.

4) § 14 IV b.

5) Dieser Unterschied könnte - so wird vielfach behauptet - für den Umfang des Ersatzanspruches bedeutsam sein.

6) so auch Westermann § 28 III 1.

Gleiches muß für das Notlanderecht, § 25 LuftVG, gelten. Der Flugzeugführer, der sich in einer Notlage befindet, darf notlanden, er handelt rechtmäßig. Ebenso handelt nicht rechtswidrig, wer von einem Verfolgungsrecht, §§ 1005, 867, 962 BGB Gebrauch macht.

Auch die Ausübung des Immissionsrechtes aus § 26 GewO kann nicht rechtswidrig sein. Hier gilt ebenso wie bei § 906 BGB: "Eine Handlung, die rechtswidrig ist, kann nicht zugleich erlaubt sein"[1]. Die vom RG vertretene Meinung, derartige Immissionen seien an sich rechtswidrig[2], wird heute allgemein als unrichtig angesehen[3].

Hier liegt übrigens auch der kaum zu übersehende Unterschied zwischen dem Aufopferungsanspruch und einem Anspruch aus Gefährdungshaftung: Man kann vielleicht noch sagen, die Gefährdungshaftung setze ein rechtmäßiges Handeln voraus (denn Halten eines Autos oder der Betrieb einer Eisenbahn sind nicht rechtswidrig, aber richtiger ist es wohl, darauf abzustellen, daß die Gefährdungshaftung gar nicht an ein menschliches Handeln anknüpft[4]; es bleibt aber dabei, daß bei der Gefährdungshaftung in jedem Fall der Erfolg rechtswidrig bleibt, zumindest in dem Sinne, daß der schädliche Erfolg nicht geduldet werden muß.

Somit hat sich herausgestellt, daß der Entschädigungsanspruch aus gesetzlich zugelassenem Eingriff etwas wesentlich anderes ist als der Schadenersatzanspruch aus unerlaubter Handlung oder aus Gefährdungshaftung[5]. Er ist kein Ersatz fürdie Verursachung eines rechtswidrigen zufälligen Erfolges, er ist vielmehr ein Aus-

---

1) Hubmann, S. 492

2) vgl. RGZ 154,161; 159, 129; 167, 14

3) vgl. z.B. Hubmann, aaO.; Staudinger-Seufert § 906 Rdn. 49

4) so z.B. auch Esser § 52,3; Larenz II § 71 I, S.410.

5) Die Gefährungshaftung ist bereits oben, S.46, im Rahmen von Erörterungen zu § 26 GewO als "Unglückshaftung" gekennzeichnet worden.

gleich für eine bewußte und gezielte Güteraufopferung zugunsten einer vom Gesetz begünstigten anderen Privatperson. Er ist, so kann man sagen, ein "privatrechtlicher Aufopferungsanspruch".

Das Bestehen derartiger Ansprüche ist vom Reichsgericht stets bejaht worden, das RG verwendete allerdings die Formulierung "nachbarrechtlicher Aufopferungsanspruch", womit jedoch kein im Wesen anderer, sondern nur ein beträchtlich engerer Sachverhalt gemeint war[1]. Wenn das RG die Grundlage derartiger Ansprüche auch ungenau und zu eng in der Entziehung von Abwehrmöglichkeiten durch Bestimmungen des öffentlichen Rechts sah, so sind mit dieser Rechtsprechung doch Fälle geschaffen, die den hier behandelten wesentlich gleich sind; das ergibt sich auch daraus, daß das RG den Rechtsgedanken der nachbarrechtlichen Aufopferung u.a. aus § 26 GewO entwickelt[2] hat.

Das Bestehen und die Notwendigkeit der Herausarbeitung eines nachbar- oder privatrechtlichen Aufopferungsanspruches wird heute zwar vielfach verneint[3] oder jedenfalls nicht beachtet, und er wird nicht vom öffentlich-rechtlichen Aufopferungsanspruch unterschieden[4]. Wie vielfach übersehen[5], hat aber auch schon der BGH ausgesprochen, daß es neben dem öffentlich-rechtlichen einen privatrechtlichen Aufopferungsanspruch gibt[6]. Begriff und wesensmäßige Eigenart derartiger Ansprüche

---

1) vgl.o., S.49 ff.

2) Heute liegt auch die Parallele zu dem erst durch Gesetz vom 22.12.1959 geschaffenen Ausgleichsanspruch aus § 906 Abs.2 BGB nahe. Denn auch hier verwirklicht eine Kollisionsregelung den Gedanken der optimalen Güternutzung.

3) vgl. z.B. Kröner, S.40; Schack, Verh.d. 41. Dt.Juristentages 1955, S.22 Anm.76.

4) vgl. z.B. Westermann § 28 III 3; 63 II 4 b; Enneccerus-Lehmann § 229 V.

5) vgl. z.B. Kröner, S. 40.

6) vgl. BGHZ 16, 367 ("Bienenfall").

werden auch in einer Entscheidung des OLG Oldenburg[1] anerkannt, ferner in einem Beschluß des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts[2]. Ganz entschieden für diese Auffassung hat sich auch Hubmann[3] ausgesprochen. Es erscheint daher nicht als willkürlich, die hier behandelten Fälle unselbständiger privater gesetzlicher Einwirkungsrechte als "privatrechtliche Aufopferung" zu bezeichnen. Die vorliegende Untersuchung soll beweisen, daß die unselbständigen Einwirkungsrechte ein Phänomen durchaus eigenständiger und wesensmäßig einheitlicher Art darstellen. Das fordert geradezu die Suche nach einem gemeinsamen Oberbegriff heraus. Als solcher bietet sich allein der der "privatrechtlichen Aufopferung" an. Er soll daher für den weiteren Gang dieser Untersuchung den umständlichen Ausdruck "unselbständige private gesetzliche Einwirkungsrechte" ablösen.

b) Der Umfang des Entschädigungsanspruchs

Wenn das Bestehen privatrechtlicher Aufopferungsansprüche als einer eigenständigen, von anderen wesensmäßig unterschiedenen Institution bewiesen ist, so nötigt zunächst nichts dazu, ihren Umfang wie den der Schadensersatzansprüche aus unerlaubter Handlung oder Gefährdungshaftung nach §§ 249 ff. BGB zu bestimmen, also einen "vollen Ersatz" im Sinne dieser Vorschriften als geschuldet anzusehen.

Dafür spricht die Regelung in § 904 S.2 BGB: Nach dieser Vorschrift kann "Ersatz des entstandenen Schadens" verlangt werden. Es liegt nahe, hierin eine Verweisung auf §§ 249 ff. BGB zu sehen. Man mag aber - wenn auch wenig überzeugend - einwenden, § 904 BGB sei eine Regelung aus dem Sachenrecht, während §§ 249 ff. BGB zum allgemeinen Teil des Schuldrechts gehörten und dort zum

---

1) in NJW 1958, S.1096 ff.
2) vgl. NJW 1962, S.411 ff (413 r.Sp.)
3) JZ 58, 489 ff.

ersten Abschnitt mit der Überschrift "Inhalt der Schuldverhältnisse". Die Haftung aus § 904 BGB sei aber keine Haftung aus einem Schuldverhältnis. Das mag dahingestellt bleiben.

Denn aus den meisten übrigen Regelungen privater Aufopferungen ergibt sich nichts für die Beantwortung der Frage nach dem Umfang der Ersatzpflicht beim privatrechtlichen Aufopferungsanspruch:

§ 26 GewO spricht von "Schadloshaltung", § 917 BGB von einer Notwegrente, §§ 1005, 867 BGB wiederum von "Ersatz des ... Schadens", woraus nicht mehr herzuleiten ist als aus § 904 BGB. Anders bei der Regelung des § 25 LuftVG: Nach § 25 Abs.3 LuftVG ist der aus der Ausübung des Notlanderechtes entstehende Schaden entsprechend §§ 33-43 LuftVG zu ersetzen; dort aber ist der Schadenersatz aus der luftverkehrsrechtlichen Gefährdungshaftung behandelt, die zwar Höchstbeträge für die Haftung kennt, sonst aber der Regelung der §§ 249 ff. BGB entspricht.

Diese Ausnahme wird kaum den Schluß zulassen, daß auch bei den übrigen Fällen des Ersatzanspruchs aus privatrechtlicher Aufopferung der Umfang dieser Ansprüche analog den Regeln über Gefährdungshaftung auszugestalten wäre. Jedenfalls ist die Regelung des Umfangs des Ausgleichsanspruchs für private Aufopferung derart unterschiedlich und uneinheitlich, daß man aus diesen Vorschriften keinen Maßstab entwickeln kann. Das ist allerdings auch nicht überraschend, denn der Gesetzgeber war sich bei Schaffung dieser Vorschriften ihrer wesentlichen Gemeinsamkeiten gewiß nicht bewußt.

Es soll daher hier versucht werden, einen Maßstab für den Umfang der Entschädigung aus dem Wesen und dem Zweck dieser Vorschriften zu gewinnen.

Es liegt nicht fern, ihn nach Art. 14 III 3 GG zu bemessen, also "unter gerechter Abwägung der Interessen der Beteiligten", kurz, eine "angemessene" Entschädigung zu gewähren.

Die praktische Bedeutung des Unterschieds zwischen "voller" und "angemessener" Entschädigung darf nicht überschätzt werden. Es liegt auf der Hand, daß eine "unter gerechter Abwägung der Interessen der Beteiligten" ermittelte "angemessene" Entschädigung in der Regel eben die "volle" Entschädigung in dem von §§ 249 ff. BGB beschriebenen Umfang ist. Fraglich ist praktisch nur, ob auch beim Aufopferungsanspruch wie nach § 252 BGB entgangener Gewinn zu ersetzen ist. Das wird allgemein verneint. Nach der Rechtsprechung zur Enteignungsentschädigung ist Ersatz nur für den Substanzverlust zu leisten[1], dagegen kein entgangener Gewinn aus erst zu schaffenden Wertobjekten[2]. Auch dieser Unterschied ist letztlich weniger einschneidend als man zunächst meinen könnte: Wenn z.B., wie nach §§ 95, 141 BBauG, der Verkehrswert zu ersetzen ist, so muß bedacht werden, daß eine in dem entzogenen Objekt liegende Gewinnchance und erst recht eine sichere Gewinnaussicht sich stets auf den Verkehrswert auswirken, daß also mit dem Ersatz des Verkehrswertes notwendigerweise entgangene Gewinnmöglichkeiten ersetzt werden. Der sog. "gemeine Wert", von dem häufig bei der Enteignungsentschädigung gesprochen wird, ist nichts anderes als dieser Verkehrswert[2].

Immerhin, - die Unterschiede des Umfangs von Enteignungsentschädigung und Schadenersatz nach §§ 249 ff. BGB sind nicht völlig wegzudiskutieren.

Es fragt sich, ob die Regelung des Enteignungsrechtes für den Umfang des privatrechtlichen Aufopferungsanspruches übernommen werden soll.

Bedenken gegen diese Annahme ergeben sich aus dem Urteil des BVerfG zur Mehrheitsumwandlung[3]: § 12 UmwG gibt den ausscheidenden Aktionären Anspruch auf "angemessene Abfindung". Das entspricht genau der hier vor-

---

1) vgl. BGHZ 6,270 (295); 15,23; 31,338 (351 ff); LM § 26 RLG Nr.20.

2) vgl. BGHZ 31,238 (241).

3) NJW 62,1667 ff.

genommenen Einordnung des Rechts auf Mehrheitsumwandlung als eines privaten gesetzlichen Einwirkungsrechtes und der Eigenart des daraus sich ergebenden privatrechtlichen Aufopferungsanspruchs. Das BVerfG aber sagt[1]:

> "Wenn Art.14 Abs.3 GG für die Enteignung durch den Hinweis auf die Abwägung zwischen den Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten eine geringere als die volle Entschädigung zuläßt, fehlt doch jeder Grund für eine solche Abwägung im Verhältnis zwischen Gleichstehenden, zumal wenn der den Entschädigungsanspruch begründende Sachverhalt im eigenen Interesse des Großaktionärs liegt und von ihm herbeigeführt worden ist".

In dieser auf den ersten Blick als unscharfe Billigkeitserwägung anmutenden Formulierung liegt ein wichtiger Hinweis:

Nach Art.14 Abs.3 GG sind gegeneinander abzuwägen die Interessen der Allgemeinheit und die der Beteiligten. Beim privatrechtlichen Aufopferungsanspruch aber geht es um die Kollision der Rechte Gleichberechtigter.

Ist das aber wirklich ein Unterschied, der einen verschiedenen Umfang von Enteignungsentschädigung und privatrechtlichem Aufopferungsanspruch rechtfertigen kann?

Bei Beantwortung dieser Frage könnte ein Rückgriff auf die oben[2] beschriebenen gemeinsamen Wurzeln von staatlicher Enteignung und privater Aufopferung weiterhelfen: Beide sind Fälle von Eigentumsbeschränkungen, in beiden Fällen hat sich das Prinzip der optimalen Güternutzung gegenüber der grundsätzlichen Eigentumsfreiheit durchgesetzt, und es ist in gewissen Grenzen dem Ermessen des Gesetzgebers überlassen, ob er den Weg der Enteignungsregelung oder den der privatrechtlichen Aufopferung wählt, wenn er eine Eigentumsbeschränkung für erforderlich hält[3]. Wenn das aber der Fall

---

1) aaO., S.1669.

2) S.103 ff.

3) Es werden hier nämlich keine Einschränkungen für den Gesetzgeber aufgestellt, Kollisionen im beschriebenen Sinne enteignungsrechtlich zu regeln; nur im umgekehrten Fall, nämlich bei einem Tatbestand, der keine

ist, fehlt - so könnte man meinen - jeder Grund dafür, warum der Gesetzgeber je nach Wahl des einzuschlagenden Weges dem Ersatzanspruch einen verschiedenen Umfang geben müßte. Nach allgemeiner Meinung war es zulässig, den Entschädigungsanspruch in Art.14 Abs.3 S.3 GG nicht den §§ 249 ff. BGB nachzubilden, ihm vielmehr einen geringeren Umfang zu geben. Dann wäre der Gesetzgeber auch bei der Bestimmung des analogen Anspruchs aus privater Aufopferung nicht gehalten, über Art.14 Abs.3 S.3 GG hinauszugehen und "vollen" Ersatz zu gewähren.

Die Anwendung von Art.14 Abs.3 S.3 GG auch auf den privatrechtlichen Aufopferungsanspruch drängt sich eigentlich auf. Sie ist - so könnte man argumentieren - ein typischer Fall von Analogie: Enteignung und Aufopferung beruhen beide auf dem Gedanken der Güterabwägung, auf der Überlegung, daß der Einzelne seine Güter notfalls höherwertigen Interessen opfern muß. (Das BVerfG[1]) übersieht im Ergebnis, daß auch hinter der privatrechtlichen Aufopferung ein über die Interessen des Begünstigten hinausgehendes Allgemeininteresse steht.) Wenn der Gesetzgeber, ja sogar die Verfassung es im Falle der Enteignung als angemessen ansehen, für das Opfer keinen "vollen" Ersatz zu gewähren, dann muß dieser Gedanke auch bei den privatrechtlichen Aufopferungsansprüchen angewendet werden.

Und doch spricht ein - m.E. entscheidender - Gesichtspunkt dagegen, Art.14 Abs.3 S.3 GG auf den Ersatzanspruch für privatrechtliche Aufopferung anzuwenden: Oben[2]) ist dargestellt worden, daß alle Fälle privatrechtlicher Aufopferung auf dem Prinzip der optimalen Gebrauchsnutzung beruhen. Insbesondere ist gezeigt worden, welche

---

Kollision privater Rechte regelt, besteht eine Bindung des Gesetzgebers an enteignungsrechtliche Konstruktionsmöglichkeiten.

1) aaO.

2) S.104 ff.

Funktion der Entschädigungsanspruch hierbei hat: Er ist die Gewähr dafür, daß sich das Prinzip der optimalen Güternutzung im Einzelfall durchsetzt[1]. Diese Funktion kann der Entschädigungsanspruch aber nur ausüben, wenn er auf Ausgleich aller Nachteile gerichtet ist. Braucht der Berechtigte nämlich nicht alle Nachteile auszugleichen, so könnte es dahin kommen, daß er im Ergebnis doch mehr Schaden anrichtet als er aus der Ausübung seines Rechtes an Nutzen zieht. Anders gesagt: Wenn die Vorteile, die der Berechtigte aus der Einwirkung auf das fremde Recht zieht, nicht so groß sind, daß sie alle zugefügten Nachteile überwiegen, stellt die Einwirkung keine optimale Güternutzung dar und muß unterbleiben.

Aus diesem Grunde ist es richtig, den Ausgleichsanspruch aus privater Aufopferung seinem Umfang nach wie einen Schadenersatzanspruch nach §§ 249 ff. BGB zu behandeln. Es wird nicht "angemessener Ausgleich", sondern voller Ersatz geschuldet. Nur so kann der Ausgleichsanspruch seine Funktion erfüllen.

---

1) vgl. o., S.108 ff.

III. Die bergrechtliche Grundabtretung

A. Die Grundabtretung zur Benutzung

1. Die Einordnung in das entwickelte System

Eine Einordnung des Instituts der bergrechtlichen Grundabtretung in das System der privaten gesetzlichen Einwirkungsrechte ist einfach. Zunächst bleibt die Untersuchung allerdings - aus erst später erklärbaren Gründen[1] - auf die Fälle der Grundabtretung zur Benutzung beschränkt. Die oft gezogene Parallele zum Notwegrecht liegt dann auf der Hand: Man kann das Recht auf Grundabtretung wie das Recht auf Einräumung des Notwegs als privates Recht auf Schaffung eines Benutzungsrechtes ansehen. Das entstandene Recht wird dann wie das Notwegrecht Inhalt des Eigentums des Berechtigten, beim Notwegrecht des Grundeigentümers, beim Grundabtretungsrecht des Bergwerkseigentümers. In beiden Fällen liegt eine Ausweitung der Eigentümerbefugnisse auf gesetzlicher Grundlage vor. Das kann in beiden Fällen keine Enteignung sein; ein Enteignungsrecht kann nicht Eigentumsinhalt sein. Gleichzeitig wird die bergrechtliche Grundabtretung dadurch als ein typisch nachbarrechtliches Institut gekennzeichnet und als Kollisionsregelung da, wie bei den Regelungen der §§ 917 BGB, 26 GewO usw., das Recht auf Einräumung der Einwirkungsbefugnis Eigentumsinhalt ist. Die bergrechtliche Grundabtretung ist danach ein unselbständiges, mittelbares Einwirkungsrecht. Sie ist ein Fall der privatrechtlichen Aufopferung.

Dieser Parallele zu den Einwirkungsrechten, insbesondere zum Nachbarrecht entsprechen auch die tatsächlichen Verhältnisse: Allerdings ist das Bergwerkseigentum kein Sacheigentum wie das Grundeigentum; das Abbaurecht, dessen Innehaben den wesentlichen Kern des Bergwerkseigentums darstellt, ist ein unkörperlicher Gegenstand,

---

1) vgl. u., S.185 ff.

eben ein Recht (vgl. die Legaldefinition in § 90 BGB). Die hier entscheidende Ähnlichkeit zum Sacheigentum liegt aber darin, daß das Bergwerkseigentum wie das Grundeigentum eine Beziehung zum Raum hat, es ist wie dieses gekennzeichnet durch die Beherrschung eines bestimmten Raumes. Zwar beherrscht der Bergwerkseigentümer "seinen" Raum nicht in der ausschließlichen und umfassenden Weise wie der Grundeigentümer sein Stück Erdoberfläche gem. § 903 BGB. Entscheidend ist aber, daß auch die Ausübung des Bergwerkseigentums eine Raumnutzung ist. Indem der Bergwerkseigentümer sein "Eigentum" ausübt, also Abbau betreibt, nutzt er einen Raum, wie der Grundeigentümer den Raum nutzt, wenn er auf seinem Grundstück eine Fabrik betreibt.

Nun zeigt sich, daß jede Raumnutzung sich nicht auf den Teilraum begrenzen läßt, der einem einzelnen Eigentümer zugeordnet ist. Das Grundstück wie das Bergwerk liegen nicht allein im Raum, sie sind stets nur Teile eines größeren Raumes, an dem noch weitere Eigentumsrechte begründet sind; die juristischen Grenzen sind keine natürlichen Grenzen. Deshalb führt die Raumnutzung durch den einen Berechtigten meist zu einer Beeinträchtigung anderer Berechtigter; ja, es ist gar nicht denkbar, daß solche Beeinträchtigungen unterbleiben, wenn Grundeigentümer oder Bergwerkseigentümer von ihrem Recht einen wirtschaftlich vernünftigen Gebrauch machen wollen.

Das zeigt: Durch "Vergabe" des Raumes an verschiedene Berechtigte entstehen Kollisionen zwischen den einzelnen Berechtigten; sie beeinträchtigen einander in der Raumnutzung; eine optimale Raumnutzung wird dadurch zumindest erschwert, wenn nicht unmöglich gemacht. Das ist beim Bergwerkseigentum nicht anders als beim Grundeigentum.

Dies zwingt den Gesetzgeber zu einer Regelung der Kollisionen; die Normen, die Regelungen der Raumkollisionen enthalten, sind Nachbarrecht. Nachbarrecht gibt es also nicht nur im BGB; dort ist nur die Raumkollision zwi-

schen Grundstückseigentümern geregelt; die in den Berggesetzen geregelte Raumkollision zwischen Bergwerkseigentümer und Grundeigentümer aber ist ebenso Nachbarrecht in diesem Sinne.

Natürlich kann man sagen, Nachbarrecht sei nur die Kollisionsregelung zwischen Grundeigentum. Solche Behauptungen kann man nicht widerlegen, denn sie sind terminologische Behauptungen, und solche sind letztlich Willkür, Namensgebung und Begriffsbestimmung.

Wenn aber Begriffe und Begriffsbestimmungen mehr sein sollen als Willkür, dann muß man sie sachgerecht fassen. Sie müssen das Wesen der Dinge wiedergeben, wenn sie für wissenschaftliche Erörterungen sinnvoll sein sollen. Das Wesen der nachbarrechtlichen Regelungen im BGB ist die Lösung einer Raumkollision zum Zwecke einer optimalen Nutzungsmöglichkeit des Raumes. Dasselbe aber trifft auf die Regelung des Verhältnisses Bergwerkseigentümer - Grundeigentümer zu. Deshalb ist es Willkür, nur die §§ 906 ff. BGB als Nachbarrecht zu bezeichnen oder jedenfalls nur die Kollision zwischen Oberflächeneigentum. Sinnvoll ist es vielmehr allein, auch die Vorschriften des Bergrechts über das Verhältnis Grundeigentum - Bergwerkseigentum als Nachbarrecht zu bezeichnen[1], also auch - und darauf kommt es hier an - die Vorschriften über die bergrechtliche Grundabtretung in den §§ 64, 135 ff ABG.

Wenn somit die bergrechtliche Grundabtretung als Nachbarrecht zu bezeichnen ist und vor allem dieser Bezeich-

---

1) So hat schon das Reichsgericht, vgl. RG ZfB 78,448 (457), gesagt, daß zwischen Grundeigentum und dem darunter umgebenden Bergbau ein "nachbarliches Gemeinschaftsverhältnis" bestehe (zustimmend Boldt, Glückauf 1939, S. 920 ff); der BGH hat kürzlich davon gesprochen, daß zwischen dem Eigentümer einer in einem Straßenkörper verlegten Versorgungsleitung und dem Eigentümer dieses Straßenkörpers "durch das räumlich enge Nebeneinander ... ein dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis vergleichbarer Zustand herbeigeführt" worden sei; vgl. BGH NJW 62,1817 (1818 r.Sp.). Auch im Wasserrecht spricht man von Nachbarrecht, vgl. o., S.61, Fußn.2

nung die Erkenntnis der wesensmäßigen Verwandtschaft allen Nachbarrechts zugrunde liegt, so ist das ein weiterer Beweis dafür, daß sich das Grundabtretungsrecht wie ähnliche Erscheinungsformen des Nachbarrechts des BGB und wie die Kollisionsregelungen des Wasserrechts zwanglos in das oben entwickelte System der privaten gesetzlichen Einwirkungsrechte einordnen läßt und zur Gruppe der unselbständigen - mittelbaren - Einwirkungsrechte gehört.

Die Feststellung, daß sich die bergrechtliche Grundabtretung zur Benutzung zwanglos als nachbarrechtliche Regelung und das Grundabtretungs-Recht als privates gesetzliches Einwirkungsrecht - und zwar als unselbständiges mittelbares - einordnen läßt, ist ein Beweis dafür, daß die Grundabtretung keine Enteignung ist. Ferner liegt darin der Beweis, daß der Gesetzgeber nicht gezwungen ist, die Grundabtretung wie eine Enteignung zu konstruieren oder jedenfalls das öffentliche Interesse zur Voraussetzung seiner Ausübung zu machen.

Als sicherer Beweis soll dies aber hier noch nicht angesehen werden[1]. Wenn auch der rechtssystematische Schluß als Erkenntnisquelle in der Rechtswissenschaft allgemein anerkannt ist und nicht etwa nur der gesetzessystematische[2], so mag es trotzdem noch einer Analyse der einzelnen Bestimmungen über die bergrechtliche Grundabtretung bedürfen, um mit noch größerer Sicherheit eine endgültige Behauptung aufstellen zu können.

2. Das Recht auf Grundabtretung als Inhalt des Bergwerkseigentums

Es hat sich im Laufe der bisherigen Untersuchungen ein Gedanke herauskristallisiert, der von entscheidender Bedeutung ist für die Unterscheidung zwischen privatrecht-

---

1) Es wird sich zeigen, daß dieses Ergebnis auch tatsächlich etwas eingeschränkt werden muß, vgl.u., S.179 ff

2) vgl. z.B. Lehmann § 8 II 3 b, S.55; Enneccerus-Nipperdey § 57 II 1; Larenz, Methodenlehre, S.244/45.

licher Aufopferung und öffentlich-rechtlicher Enteignung: Das ist die Frage, ob das geltend gemachte Recht selbständig oder unselbständig ist, d.h., ob es Inhalt eines anderen Privatrechtes ist, anders gesagt: ob die Person des Berechtigten durch die Zuordnung eines umfassenderen Rechts bestimmt wird. Wenn diese Frage bejaht werden kann, ist es unmöglich, daß die Ausübung des Einwirkungsrechtes eine Enteignung darstellt oder vom Gesetzgeber vom Vorliegen eines öffentlichen Interesses abhängig gemacht werden muß[1].

Genauso stellt sich daher die Frage bei der bergrechtlichen Grundabtretung: W e n n d a s G r u n d a b t r e t u n g s - R e c h t ein unselbständiges Recht, also I n h a l t d e s B e r g w e r k s e i g e n t u m s i s t , k a n n s e i n e A u s ü b u n g k e i n e E n t e i g n u n g s e i n und braucht vom Gesetzgeber nicht vom Vorliegen eines öffentlichen Interesses abhängig gemacht zu werden. Denn es handelt sich dann um eine Kollisionsregelung und nicht um die Begünstigung bestimmter Unternehmer für besondere Vorhaben.

Es ist eigenartig, wie einhellig auch diejenigen, die in der Grundabtretung eine Enteignung sehen, das Grundabtretungsrecht als Inhalt des Bergwerkseigentums auffassen. Nach Huber[2] umfaßt das Bergwerkseigentum nicht nur die Befugnis, Abbauhandlungen unter Tage vorzunehmen, sondern auch das Recht, über Tage die für den Abbau gebotenen Maßnahmen zu treffen und die nötigen Anlagen zu errichten. Er sagt zudem ausdrücklich,

> "das bergrechtliche Abtretungsverfahren dient dem Ausgleich einer Kollision zwischen zwei absoluten Rechten"
>
> und:
>
> "der ausgeübte Abtretungszwang ist im Grunde nur eine Konkretisierung der im Bergwerkseigentum enthaltenen Befugnisse, die im Kollisionsfall den Rechten des Grundeigentümers vorgehen".

---

1) vgl.o., S.120 ff.

2) II, S.66 f.

Das deutet auf eine privatrechtliche Ausgestaltung des Grundabtretungsrechtes hin. Trotzdem sieht H u b e r in der Grundabtretung eine Enteignung im Sinne von Art.14 GG. Derselbe, bislang wohl nur von Z y d e k [1] und andeutungsweise in Entscheidungen des preuß. OVG[2] und des BVerwG[3] erkannte Widerspruch findet sich auch noch in neuesten Kommentaren[4]. P. H e i n e m a n n [5] nimmt an, daß ein privatrechtlicher Anspruch gegen den Grundeigentümer gegeben sei, daneben stellt er noch einen öffentlich-rechtlichen Anspruch des Bergwerkseigentümers gegen die Behörde auf Durchführung der Enteignung. Erst recht sehen W o l f f - R a i s e r [6] und H.W. S c h u l t e [7] die bergrechtliche Grundabtretung als sachenrechtliches Institut an, das wesensmäßig dem Nachbarrecht des BGB entspreche. Auch nach dieser Ansicht ist somit das Grundabtretungsrecht Inhalt des Bergwerkseigentums, da es mit der Qualifizierung als nachbarrechtliche Regelung notwendigerweise als private Befugnis, die aus dem Eigentum fließt, anerkannt wird. Damit ist diese Qualifizierung keineswegs so nichtssagend, wie W e i ß [8] annimmt.

Die Frage, ob das Grundabtretungsrecht Inhalt des Bergwerkseigentums sei, wird also mit wenigen Ausnahmen[9] bejaht[10]. Nachdem aber oben die entscheidende Bedeutung

---

1) ZfB 101, S.97 ff, vgl.o., S. 34 f.

2) OVGE 37, S.133 ff (139).

3) ZfB 101, 89 ff.

4) vgl. Ebel-Weller § 64 Anm.1, § 54 Anm.2 einerseits und § 135 Vorbem.2 andererseits; Miesbach-Engelhardt § 135 ABG Vorbem.V 1.

5) ZfB 103,313.

6) § 97 I 3 S.392.

7) S. 26, 33.

8) S.48.

9) vgl.o., Fußn.1-3

10) Aus der älteren Literatur und Rechtsprechung vgl. hierzu noch: Brassert-Gottschalk § 135 Anm.2, S.489 preuß.OT ZfB 18,234 ff (239).

dieser Antwort auf die Frage nach der Rechtsnatur der Grundabtretung aufgezeigt worden ist, kann man diese Ansicht nicht ungeprüft übernehmen. Denn vielleicht hätte sich mancher Autor zu einer anderen Meinung bekannt, wenn ihm dieser Zusammenhang gegenwärtig gewesen wäre.

a) Gesetzeswortlaut und Materialien

Die Frage, ob das Grundabtretungsrecht Inhalt des Bergwerkseigentums ist, kann nur nach drei Kriterien beantwortet werden: Nach rechtssystematischen Gesichtspunkten nach dem Wortlaut des Gesetzes und - mit Einschränkungen - nach den Materialien. Der erste Gesichtspunkt ist in den bisherigen Ausführungen behandelt. Es bleibt die Auslegung des Gesetzes und die Analyse der Materialien.

§ 54 ABG bestimmt:

> "Der Bergwerkseigentümer hat die ausschließliche Befugnis, nach den Bestimmungen des gegenwärtigen Gesetzes das ... Mineral ... aufzusuchen und zu gewinnen, sowie alle hierzu erforderlichen Vorrichtungen unter und über Tage zu treffen".

§ 64 ABG sagt:

> "Der Bergwerkseigentümer hat die Befugnis, die Abtretung des zu seinen bergbaulichen Zwecken (§§ 54-60) erforderlichen Grund und Bodens nach näheren Vorschriften des fünften Titels zu verlangen."

Das kann doch nur bedeuten, daß das Grundabtretungsrecht zum Inhalt des Bergwerkseigentums gehört. Dafür spricht auch die systematische Stellung des § 64 im ABG: Die Vorschrift steht im dritten Titel unter dem 1. Abschnitt; die Überschrift des 3. Titels lautet: "Von dem Bergwerkseigentum", die des 1.Abschnitts: "Von dem Bergwerkseigentum im allgemeinen". Ebenfalls in diesem Abschnitt finden sich Vorschriften über das Hilfsbaurecht, §§ 60-63, d.h. über die Befugnis des Bergwerkseigentümers, in fremdem oder "freiem" Felde Anlagen unter Tage zu errichten, und vor allem über

das Recht, die verliehenen Mineralien zu gewinnen, § 54 ABG. Das sind sämtlich Vorschriften, die ohne Zweifel den Inhalt des Bergwerkseigentums bestimmen. Dann deutet aber alles darauf hin, daß dies auch auf die im selben Abschnitt des ABG stehende Vorschrift des § 64 ABG über das Grundabtretungsrecht zutrifft.

Aber auch schon die Vorschrift des § 54 ABG drängt dieses Ergebnis auf: Wenn es dort heißt, Bergwerkseigentum sei die Befugnis, alle zur Aufsuchung und Gewinnung der Mineralien erforderlichen Handlungen vorzunehmen, so bedeutet das eben auch, daß die - zur Aufsuchung und Gewinnung erforderliche - Grundabtretung Inhalt des Bergwerkseigentums, ja geradezu eines seiner wesentlichen Merkmale ist.

Die Materialien zum ABG bestätigen dieses Ergebnis. In den Motiven des Regierungsentwurfs heißt es[1]:

> "... die gesetzliche Befugnis des Bergbautreibenden zur Benutzung fremden Grundeigentums gründet sich lediglich auf das Bergrecht, ..."

und an anderer Stelle[2]:

> "... aus der rechtlichen Trennung der ... Mineralschätze von dem Grundeigentum ... ergibt sich mit Notwendigkeit das Recht des Bergwerksbesitzers, von dem Grundbesitzer die Abtretung des ... erforderlichen Oberflächenterrains zu verlangen. Dieses Recht ist deshalb auch von allen älteren und neueren Berggesetzen anerkannt und ebenso im § 64 des gegenwärtigen Entwurfs als ein Ausfluß des Bergwerkseigentums bezeichnet worden."

Auch die Motive der Kommission des Abgeordnetenhauses[3] sagen, daß das "Expropriationsrecht" bezüglich der zum Betriebe des Bergwerks gehörigen Anlagen "sich als unmittelbare Ausübung des Bergwerkseigentumsrechtes charakterisiert".

Danach scheint als Ergebnis festzustehen, daß das Recht auf Grundabtretung Inhalt des Bergwerkseigentums ist.

---

1) vgl.ZfB 6, 68.

2) auf S.164, aaO.

3) vgl. bei Hahn, S.257; der volle Wortlaut dieser Stelle wird unten S.184 wiedergegeben.

b) Die Ansicht von Zydek

Gegen dieses Ergebnis hat in neuester Zeit Z y d e k [1] sehr beachtenswerte Einwände vorgetragen. Zydek zeigt nämlich Fälle auf, in denen das Recht auf Grundabtretung nicht aus dem Bergwerkseigentum abgeleitet werden könne. Einer dieser Fälle sei, so meint Zydek[2], der der Pächter und Nießbraucher. Auch diesen stehe ja, weil § 135 ABG nicht von Bergwerkseigentümer, sondern von Bergwerksbesitzer spreche, das Recht auf Grundabtretung zu. Dazu führt Zydek zwei Entscheidungen des Reichsgerichts[3] an, in denen behauptet wird, der Pächter eines Bergwerks übe bei seiner bergbaulichen Tätigkeit nicht das Bergwerkseigentum aus, sondern sein Pachtrecht[4]. Daran ist ohne Zweifel richtig, daß der Pächter sein Pachtrecht ausübt. Es ist aber nicht einzusehen, warum er deshalb bei seiner Tätigkeit nicht trotzdem gleichzeitig vom Eigentümer abgeleitete Rechte gegen Dritte ausüben könnte. Die Alternative: entweder Ausübung des Pachtrechtes oder Ausübung von Befugnissen des Eigentümers ist durch nichts zu beweisen.

Im übrigen ist m.E. die Untersuchung, ob der Pächter, wenn er ein Recht auf Grundabtretung durchsetzen will, eigene Rechte oder Rechte des Eigentümers geltend macht, eine fruchtlose Gedankenspielerei, wenn man versucht, hier Argumente aus dem Wortlaut des Gesetzes zu ziehen. Einzig sinnvoll erscheint die Frage, warum denn der Gesetzgeber bestimmt hat, daß auch der Bergwerksbesitzer Grundabtretungsansprüche geltend machen kann. Diese Frage beantwortet sich sofort, wenn man einmal die umgekehrte Frage stellt: Was wäre, wenn der Bergwerksbesitzer als solcher kein Grundabtretungsrecht geltend machen könnte? Dann könnte der Eigentümer in vielen Fällen sein

---

1) in ZfB 101, S. 97 ff (100 f).

2) aaO, S.100/101.

3) RG ZfB 34, S.403 ff (407); RG ZfB 51, 158 ff (161).

4) An der Richtigkeit dieser Behauptung hat Zydek aber anscheinend selbst Zweifel.

Bergwerkseigentum nicht verpachten, denn der Pächter wäre in der Ausnutzung der Abbaumöglichkeiten stark eingeschränkt. Daraus folgt: Dem Bergwerksbesitzer steht das Grundabtretungsrecht im Interesse der Ausnutzbarkeit des Bergwerkseigentums zu. Er hat es nicht, weil er Pächter irgendeines Rechtes ist, sondern weil er Pächter eines Bergbau-Rechtes ist. Ob man sagt, das Recht auf Grundabtretung stehe dem Bergwerksbesitzer als eigenes oder als abgeleitetes zu, ist demgegenüber eine rein konstruktiv-begriffliche Frage. Es geht hier in jedem Fall um die Regelung der Kollision zwischen Abbau der Bodenschätze und Nutzung der Oberfläche und damit um die Kollision der Rechte an der Oberfläche und der Rechte "an" den Bodenschätzen[1]. Wenn dann auch dem Bergwerksbesitzer das Recht auf Grundabtretung zusteht (und sich dieses Recht evtl. auch gegen Grundbesitzer richtet), dann ist das ein Teil dieser Kollisionsregelung, ob man von eigenen oder von abgeleiteten Rechten des Bergwerksbesitzers spricht.

Eine solche Kollisionsregelung aber ist keine Enteignung und enthält nicht die Gestattung zu einer Enteignung. Auch ist der Gesetzgeber nicht gehalten, eine solche Kollision enteignungsrechtlich zu regeln. Das ist bereits eingehend dargestellt worden[2].

Man mag also dabei bleiben, das Grundabtretungsrecht des Bergwerksbesitzers als dessen eigenes Recht zu bezeichnen - wozu allerdings wenig Anlaß besteht -. Folgerungen bzgl. der Grundabtretung können daraus dann nicht mehr gezogen werden, da eine solche Bezeichnung nichts daran ändert, daß es sich um eine typische-nachbarrechtliche - Kollisionsregelung handelt[3].

---

1) Damit soll nicht behauptet werden, an den Bodenschätzen bestände vor ihrer Gewinnung Eigentum.

2) vgl oben S.101 ff.

3) Hier kann auch darauf hingewiesen werden, daß auch bei §§ 906 BGB, 26 GewO ebenfalls Besitzer berechtigt und verpflichtet sind.

Der zweite Einwand Zydeks[1] ist der, daß ein Recht auf Grundabtretung nicht nur dem Eigentümer verliehenen Bergwerkseigentums zusteht, sondern bekanntlich auch Grundeigentümern, die Grundeigentümerbergbau treiben[2]. Daß hier das Grundabtretungsrecht nicht aus dem Bergwerkseigentum abgeleitet werden kann, ist selbstverständlich. Aber es ist Inhalt des Grundeigentums! Das ist dann nichts anderes als eine Kollisionsregelung wie § 906 BGB oder § 26 GewO oder § 917 BGB usw. und hat mit Enteignung genausowenig zu tun wie diese Vorschriften.

Zydek[3] weist ferner darauf hin, daß es Grundabtretungsrecht auch beim Bergbau auf der Grundlage des echten Staatsvorbehaltes gibt. (Das ist das durch Gesetz begründete Recht des Staates, ohne besondere Verleihung bestimmte Mineralien aufzusuchen und zu gewinnen[4]; Dritte können durch Hoheitsakt oder durch Vertrag zur Aufsuchung und Gewinnung ermächtigt werden; für sie gelten dann u.a. die Vorschriften über die Grundabtretung, aber auch für den Staat, falls er durch einen Regiebetrieb selbst Bergbau treiben sollte.)

Auch dies ist jedoch kein Beweis für Zydeks Ansicht von der Rechtsnatur der Grundabtretung:

Die Gewinnung der Bodenschätze, die unter echten Staatsvorbehalt stehen, ist keine hoheitliche Tätigkeit. Sie ist Ausübung privater Befugnisse. Es kommt hier zu keinen anderen Kollisionen als bei Bergbau aufgrund Verleihung. Dann ist die gesetzliche Regelung dieser Kollision aber wieder nichts anderes als eine typische nachbarrechtliche Regelung.

Danach kann man zusammenfassend sagen, daß Zydek zwar

---

1) ZfB 101, S.100.

2) vgl. etwa § 211 b Abs.1 Nr.2, § 214 c Nr.1 und 3 ABG, § 6 der Sylvester-VO.

3) aaO., S.100

4) vgl. z.B. § 1 Abs.3 Erdöl-VO i.V.m. § 2 Abs.1 Nr.2 und 5 ErdölGes; § 3 Nr.2 und 5 PhosphoritGes; Art.2, 3 bayBG.

Recht hat, wenn er darauf hinweist, daß es Fälle gibt, in denen das Recht auf Grundabtretung nicht Inhalt eines Bergwerkseigentums sein kann. Die wesentliche Folgerung, die Zydek daraus entnimmt, daß die Regelung der Grundabtretung Enteignungen zuläßt, läßt sich daraus jedoch nicht ableiten: Die angeführten Fälle sind sämtlich Kollisionsregelungen, die nicht als Enteignung ausgestaltet sind und vom Gesetzgeber nicht als solche ausgestaltet zu werden brauchten. Dann ist das aber nicht nur kein Beweis für die These von Zydek, sondern umgekehrt ein weiterer Beweis für die privatrechtliche Natur der Grundabtretung.

c) Das System des Enteignungsrechts und der Eigentumsbeschränkungen in Preußen im Jahre 1865

Die bisherigen Erörterungen bezogen sich auf die Einordnung der Grundabtretung in das heutige Rechtssystem, in das sie sich nur als privatrechtliche Eigentumsbeschränkung einpaßt.

Die Richtigkeit dieses Ergebnisses könnte angezweifelt werden, wenn die Grundabtretung sich nicht ebenso in das Rechtssystem des Jahres 1865 einfügen ließe, sondern nach diesem etwa als Enteignung angesehen werden müßte.

Ein kurzer Blick auf den Rechtszustand im Geltungsbereich des preuß.ALR zeigt jedoch, daß die hier vertretene Ansicht von der privatrechtlichen Natur der Grundabtretung mit den damaligen Vorstellungen von Enteignung, Aufopferung und Eigentumsbeschränkungen in Einklang steht:

Allerdings wurde damals entgegen einer heute fast allgemein vertretenen Meinung[1] unter Enteignung nicht nur ein Übereignungsvorgang verstanden. Die preuß. Verfassungsurkunde vom 31.1.1850 bestimmt nämlich in Art.9:

> "Das Eigentum ist unverletzlich. Es kann nur aus Gründen des öffentlichen Wohls gegen vorgängige, in dringenden Fällen wenigstens vorläufig festzu-

---

1) vgl. z.B. Weber, S.338.

stellende Entschädigung nach Maßgabe des Gesetzes entzogen oder beschränkt werden."

Die Gleichbehandlung von Entziehung und Beschränkung zeigt deutlich, daß beide als Enteignung angesehen wurden. Ebenso ist kaum zu bezweifeln, daß unter Eigentum im Sinne von Art.9 der preuß. Verfassung vom 31.1.1850 auch das Bergwerkseigentum zu verstehen ist. Keinesfalls beschränkt sich der Begriff der Enteignung im Bereich des ALR auf Entziehung oder Beschränkung von Grundeigentum, was man annehmen könnte, weil im preuß. Enteignungsgesetz vom 11. Juni 1874[1] nur das Grundeigentum behandelt wird. Das Gegenteil beweist vielmehr schon § 7 I 11 ALR, wonach bei Getreidemangel der Staat berechtigt war, Besitzer von Getreidevorräten zum Verkauf zu zwingen.

Hiernach stände also nichts im Wege, die Grundabtretung als Enteignung im Sinne des damaligen Enteignungsrechts zu bezeichnen.

Neben dieser Enteignung aber kannte auch das damalige preußische Recht Eigentumsbeschränkungen durch privatrechtliche Normierungen, die nicht als Enteignungstatbestände angesehen wurden, insbesondere im Nachbarrecht. So bestimmt § 1 I 22 ALR:

"Den gesetzlichen Einschränkungen des Eigentums ist ein jeder Grundbesitzer sich zu unterwerfen verbunden."

und § 2 I 22:

"Für Einschränkungen und Belastungen dieser Art kann kein Grundbesitzer eine im Gesetz ihm nicht ausdrücklich vorbehaltene Entschädigung fordern."

Unter derartigen "gesetzlichen Beschränkungen" wurden damals auch privatrechtliche Beschränkungen verstanden[2]. Als Beispiele sind die Grundgerechtigkeiten, §§ 3 ff I

---

1) GS S.221.

2) vgl. preuß.OT v. 6.5.70, Bd.70, S.103; Koch, ALR II, S. 1050, Fußn. 2 u. 3.

22 ALR, zu nennen; jeder Grundeigentümer ist hiernach zur Bestellung einer "notwendigen Servitut" verpflichtet, wenn sonst "ein anderes Grundstück ganz oder z.T. völlig unbrauchbar sein würde". Niemals sind diese Regelungen oder die Ausübung der hier normierten Rechte als Enteignung angesehen worden[1]. Sie unterscheiden sich als Regelung der Kollision von privaten Rechten deutlich von jenen auch schon im ALR bekannten Regelungen, die die Rechtsausübung vom Vorliegen eines öffentlichen Interesses abhängig machen.

Ist danach die Ausübung des Grundabtretungsrechts auch nach dem Rechtszustand im Jahre 1865 ohne weiteres als Ausübung privatrechtlicher Befugnisse zu erklären, so zwingt zu einer solchen Erklärung geradezu ein Blick auf das, was damals im einzelnen und in Ausfüllung der Bestimmung des Art.9 der preuß. Verfassung vom 31.1. 1850 vom Gesetz als Enteignung angesehen wurde: Das ALR behandelt konkrete Enteignungsfälle allein in den §§ 4-11 I 11. Die Enteignung wird dort als Zwangskauf verstanden, vgl. § 4 ALR. Sie "kann eintreten, wenn sie zum Wohle des gemeinen Wesens notwendig ist", § 4 ALR. In den §§ 5 bis 7 ALR werden als Enteignungsgründe aufgeführt: Straßen-, Kanal- und Festungsbau, sowie die Gefahr von Hungersnot bei Getreidemangel. Die Notwendigkeit des "Verkaufs" ist vom Staat festzustellen, § 10. Es ist offensichtlich, daß die Grundabtretung weit weniger diesem Enteignungsrecht ähnlich ist als einer gesetzlichen Eigentumsbeschränkung i.S. der Vorschriften des 22. Titels im 1. Teil des ALR.

Will man eine Beziehung zu den in §§ 73-108 Einl.ALR aufgestellten "allgemeinen Grundsätzen des Rechtes" herstellen, so fällt die Grundabtretung nicht unter die bekannten §§ 74, 75 Einl.ALR, denn diese behandeln die Kollision zwischen privaten Rechten und dem "ge-

---

1) so auch Voelkel, ZfB 51, 45 ff (68); Koch, ALR II, S.1050 ff.

meinschaftlichen Wohl"; die Grundabtretung aber behandelt die Kollision zwischen zwei privaten Rechten. Deshalb ist hier auf § 89 Einl.ALR zu verweisen,

> ("Wem die Gesetze ein Recht geben, dem bewilligen sie auch die Mittel, ohne welche dasselbe nicht ausgeübt werden kann"),

womit sich auch die Grundabtretung nach dem ABG in den geschichtlichen Zusammenhang einreiht, der zeigt, daß die Grundabtretung stets erforderlich gewesen ist, um Bergwerkseigentum überhaupt ausüben zu können, und daß der Staat diese erforderliche Befugnis stets privatrechtlich gestaltet hat.

3. Erörterung weiterer Bedenken gegen die privatrechtliche Natur der Grundabtretung

a) Der Bergbautreibende als mit Enteignungsrecht beliehener Unternehmer?

Das Bundesverwaltungsgericht[1] meint, es lasse sich die Meinung vertreten, das Grundabtretungsrecht sei ein gleichzeitig mit der Verleihung des Bergwerkseigentums verliehenes staatliches Enteignungsrecht. Damit will das Gericht praktisch ein Enteignungsrecht zum Inhalt des Bergwerkseigentums machen. Diese Annahme ist wohl eine denkbare Alternative. Denn es gibt ja eine gesetzliche Verleihung des Enteignungsrechts, so an den Träger der Straßenbaulast nach § 19 Abs.1 Bundesfernstraßengesetz. Ebenso gibt es die Möglichkeit, anderen Unternehmen für den Einzelfall ein Enteignungsrecht zu "verleihen", vgl. das preuß.Enteignungsgesetz von 1874 und das Gesetz über ein vereinfachtes Enteignungsverfahren von 1922. Welchen dieser beiden Fälle das Bundesverwaltungsgericht beim Bergbau als gegeben ansehen will, ist nicht klar.[2] Auf jeden Fall ist aber keine

---

1) vgl. ZfB 101, 89 ff.

2) In Wirklichkeit geht es in beiden Fällen nicht um ein eigenes subjektives Recht des "Beliehenen", sondern nur um ein Antragsrecht. Die "Verleihung" ist nichts als die Feststellung der obersten Verwaltungsbehörde oder des Gesetzes, daß die Enteignung zuläs-

der beiden denkbaren Möglichkeiten gegeben:

Die gesetzliche "Verleihung" von Enteignungsrechten war auch schon im Jahre 1865 in Preußen nicht unbekannt. § 8 des preuß. Gesetzes über Eisenbahnunternehmungen vom 3.11.1823 (GS 1838 S.505) lautet:

> "Für den Fall, daß über den Erwerb der für die Bahnanlage notwendigen Grundstücke eine Einigung mit den Grundbesitzern nicht zustande kommt, wird der Gesellschaft das Recht zur Expropriation ... verliehen."

Nichts hätte näher gelegen, als eine ähnliche Bestimmung in das ABG aufzunehmen, wenn es dem Gesetzgeber als notwendig erschienen wäre, den Bergwerkseigentümern ein Enteignungsrecht zu verleihen. Das ist nicht geschehen und sollte auch nicht geschehen, wie oben[1)] zitierte Stellen aus den Motiven zeigen.

Eine Verleihung im Einzelfall, d.h. jeweils an den einzelnen Bergwerkseigentümer, kann nicht vorliegen, weil dann jedem Bergwerkseigentümer das Bergwerkseigentum automatisch zusammen mit einem Enteignungsrecht verliehen würde, ja verliehen werden müßte. Eine Verleihung des Bergwerkseigentums ohne Verleihung des Enteignungsrechtes wäre gar nicht möglich. Eine derartige Konstruktion tut den Dingen Gewalt an, sie stände völlig vereinzelt und würde letztlich doch nichts anderes besagen als das: der Gesetzgeber billigt jedem Bergwerkseigentümer ein Eingriffsrecht zu. Das ist dann aber kein vom Staat im Einzelfall abgeleitetes Recht mehr, kein Hoheitsrecht, sondern ein vom Gesetzgeber statuiertes originäres Recht eines jeden Bergwerkseigentümers. Es wäre untrennbar mit dem Bergwerkseigentum verbunden, also Inhalt des Bergwerkseigentums, folglich Ausfluß eines Privatrechtes, also typische Kollisionsregelung.

---

sig und erforderlich ist und auf Antrag des "beliehenen" Unternehmers von der Enteignungsbehörde durchzuführen ist; so auch Neufang § 2 Anm.12; Meyer-Thiel-Froberg, S.65.

1) S. 149

Dann ist aber die Ausübung dieses Rechtes keine Enteignung mehr, denn Enteignung ist wesensmäßig Ausübung hoheitlicher Gewalt[1].

b) Das "öffentliche Interesse" in § 136 Abs.1 ABG

Bedenken an der Richtigkeit der hier vertretenen Auffassung könnten bei einem Blick auf § 136 Abs.1 ABG aufkommen. Nach dieser Vorschrift hat das "öffentliche Interesse" für die Grundabtretung zur Benutzung besondere Bedeutung. Danach ließe sich denken, das öffentliche Interesse bei der Grundabtretung zur Benutzung sei gerade doch im Einzelfall zu prüfen, sie sei also doch schon vom Gesetz her als Enteignung konstruiert.

Eine genauere Betrachtung des Wortlauts von § 136 Abs.1 ABG zeigt aber, daß von einer Prüfung des öffentlichen Interesses im Einzelfall bei der Grundabtretung so allgemein gar nicht gesprochen werden kann: nach § 136 Abs.1 ABG darf die Abtretung nur "aus überwiegenden Gründen des öffentlichen Interesses versagt werden". Während also bei der Enteignung das öffentliche Interesse stets Voraussetzung für die Entstehung des Enteignungsrechtes ist, ja geradezu das wesentliche Merkmal der Zulässigkeit einer Enteignung ist, ist das öffentliche Interesse bei der Grundabtretung als anspruchsvernichtende Einwendung konstruiert[2]. Der Anspruch besteht dann nicht, wenn er ausnahmsweise auf ein Objekt stößt, an dem ein besonderes öffentliches Interesse besteht. Es ist also nicht das öffentliche Interesse an der beabsichtigten bergbaulichen Maßnahme zu prüfen, sondern das öffentliche Interesse an dem Objekt, auf das der Anspruch sich richtet ; dabei geht das Gesetz davon aus, daß ein öffentliches Interesse an diesem Objekt nur ausnahmsweise vorliegen kann. Eine solche Regelung steht in unvereinbarem Widerspruch zum Enteignungs-

---

1) vgl. BVerfG in NJW 62,1667.

2) so auch Isay § 135 Anm.B II 4, S.15, § 136 Anm.B.

recht; dort ist in jedem Einzelfall der Ausübung zu prüfen, ob die beabsichtigte Eigentumsentziehung oder -beschränkung dem öffentlichen Interesse dient.

Zur weiteren Begründung kann hier auf die Ausführungen verwiesen werden, die oben[1] zu §§ 340 Abs.5, 49 Abs.1 prWG gemacht worden sind. Diese Vorschriften enthalten denselben Vorbehalt zugunsten des öffentlichen Interesses wie § 136 Abs.1 ABG. Dort war gezeigt worden, daß hierdurch nicht das vom Eingriffsrecht potentiell betroffene Eigentum um seiner selbst willen - als privates Recht - geschützt werden soll, sondern daß das Einwirkungsrecht hier lediglich der allen Rechten immanenten Sozialbindung unterstellt wird.

Nichts anderes als dieser Vorbehalt ist in § 136 Abs.1 ABG bei dem Grundabtretungsrecht ausgedrückt. Er würde auch bestehen, wenn er in § 136 Abs.1 ABG nicht ausdrücklich erwähnt worden wäre. Denn das Grundabtretungsrecht ist wie jedes Privatrecht sozialpflichtig.

c) Die Terminologie anderer Gesetze

Gegen die hier vertretene Ansicht, die bergrechtliche Grundabtretung zur Benutzung sei keine Enteignung, könnte der Wortlaut des preuß. "Gesetzes über ein vereinfachtes Enteignungsverfahren" vom 26. Juli 1922[2] sprechen. Dort heißt es in § 7:

> "... Enteignungsverfahren nach den Bestimmungen der §§ 135 ff des ABG".

Das Grundabtretungsverfahren wird in diesem Gesetz dem vereinfachten Enteignungsverfahren unterstellt (mit Besonderheiten bezüglich der Enteignungsbehörden, vgl. § 7 Nr. 1-3).

Hiernach muß man allerdings wohl annehmen, daß der preuß. Landtag und das Staatsministerium davon ausgingen, die

---

1) S. 114 ff.

2) GS S.211.

Grundabtretung sei eine Enteignung.

Wie dem aber auch sei, auf keinen Fall ist es möglich, daß durch dieses Gesetz über ein vereinfachtes Enteignungsverfahren die Rechtsnatur der Grundabtretung verändert worden ist. War sie vorher keine Enteignung, dann ist sie auch durch dieses Gesetz nicht dazu geworden. Denn das Gesetz enthält ausschließlich Verfahrensvorschriften; die Frage nach der Rechtsnatur der Grundabtretung aber ist eine Frage des materiellen Rechts. Die verfahrensmäßige Ausgestaltung der Durchsetzbarkeit des Grundabtretungsanspruchs mag Rückschlüsse auf die Rechtsnatur zulassen. Solche Rückschlüsse können aber nicht aus Verfahrensvorschriften gezogen werden, die im Jahre 1922 nachträglich erlassen wurden, sondern ausschließlich aus dem ABG, in dem das Grundabtretungsrecht seine maßgebende Ausgestaltung gefunden hat.

Schließlich läßt sich auch ein Gegenbeispiel anführen: § 8 Nr.6 des Grundstücksverkehrsgesetzes vom 28. Juli 1961 spricht von "Enteignung oder einer bergrechtlichen Grundabtretung". Die Verfasser dieses Gesetzes haben also anscheinend Enteignung und Grundabtretung als voneinander verschieden angesehen. Das hat genauso viel - und genauso wenig - Beweiskraft wie die Formulierung des Gesetzes über ein vereinfachtes Enteignungsverfahren von 1922.

d) Die verfahrensrechtliche Ausgestaltung der Grundabtretung im ABG

Die verfahrensmäßige Behandlung des Grundabtretungsanspruchs im ABG läßt allerdings doch wieder erhebliche Zweifel daran aufkommen, daß es sich bei der Grundabtretung, wie hier vertreten, um ein privatrechtliches Institut handelt. Das Grundabtretungsverfahren ist nämlich durchaus anders gestaltet, als üblicherweise die Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche: Das Recht auf Grundabtretung wird nicht vor Gericht geltend gemacht. Es findet vielmehr ein Verfahren vor Verwaltungsbehörden gem. §§ 142, 144 ABG statt.

Immerhin sind im ABG an anderen Stellen Entscheidungen einer Verwaltungsbehörde (des Oberbergamtes) vorgesehen, wo es sich zweifellos nicht um ein Enteignungsverfahren handelt. So gilt nach § 8 ABG: Können sich ein Schürfer und ein Grundeigentümer nicht über die Gestattung von Schürfarbeiten einigen, so entscheidet das Oberbergamt durch Beschluß, ob und unter welchen Bedingungen der Interessent schürfen darf. - § 61 ABG bestimmt: Will jemand einen Hilfsbau anlegen und verweigert der "benachbarte" Bergwerkseigentümer die Gestattung, so kann dessen Verpflichtung durch Beschluß des Oberbergamts ausgesprochen werden. - Nach § 154 Abs.2 ABG entscheidet das Oberbergamt durch vorläufig vollstreckbaren Beschluß über Ersatzansprüche des Bergwerkseigentümers gegen die "öffentliche Verkehrsanstalt".

An diesen Vorschriften zeigt sich, daß das Gesetz den Behörden bei der Entscheidung privatrechtlicher Streitigkeiten zwischen Bergwerkseigentümer und Bergwerkseigentümer oder Bergwerkseigentümer und Grundeigentümer in vielen Fällen die Funktion einer Stelle eingeräumt hat, die privatrechtliche Streitigkeiten zu entscheiden hat[1]. Der gesetzgeberische Grund für diese Ausgestaltung des Verfahrens ist offensichtlich der, die Entscheidung einer Stelle anzuvertrauen, die mit bergbaulichen Verhältnissen besonders vertraut ist. Das mag auch für die Einschaltung des Oberbergamtes im Grundabtretungsverfahren gesprochen haben.

Es ist aber nicht zu übersehen, daß beim Grundabtretungsbeschluß eben nicht nur das Oberbergamt mitwirkt, sondern auch die "Regierung", § 142 ABG[2]. Das findet

---

1) Eine Ausnahme bildet nur die Entscheidung über Bergschäden nach § 148 ABG, hier läuft das Verfahren ohne Einschaltung des OBA von Anfang an im Zivilprozeß.

2) Das ist heute in Nordrhein-Westfalen der Regierungspräsident, vgl. § 6 Abs.2 S.1 des Ersten Vereinfachungsgesetzes vom 23.7.57, Anlage 2 Nr.122 - GV NW S.189 -.

im ABG keine Parallele. Hinzu kommt die Terminologie des Gesetzes: § 143 ABG spricht von "Kommissarien", die vor der Entscheidung über die Grundabtretung Ermittlungen anstellen müssen, und § 147 ABG spricht von dem Grundabtretungsverfahren als einem "Expropriationsverfahren". Das kann man wohl nicht wie V o e l k e l [1] damit abtun, daß man § 147 ABG als "eine Stelle von geringerer Bedeutung" bezeichnet.

Die Mitwirkung der "Regierung", die Ausdrücke "Kommissarien" und "Expropriationsverfahren" weisen vielmehr deutlich darauf hin, daß der Gesetzgeber die Grundabtretung im Jahre 1865 als eine Enteignung angesehen hat.

Immerhin bleibt ein nicht aufzuklärender Widerspruch zu der Tatsache, daß das ABG das öffentliche Interesse nicht zur Voraussetzung der Zulässigkeit der Grundabtretung gemacht hat. Das hätte aber auch im Jahre 1865 schon nahegelegen, weil bereits die preuß.Verfassungsurkunde von 1850 in Art.9 bestimmte, daß Eigentum nur aus Gründen des öffentlichen Wohles entzogen oder beschränkt werden konnte.
Wenn hiernach auch bewiesen ist, daß das ABG die bergrechtliche Grundabtretung verfahrensmäßig wie eine Enteignung behandelt, und man einmal unterstellt, daß die Schöpfer des ABG die Grundabtretung als Enteignung angesehen haben[2], so ist damit trotzdem nicht bewiesen, daß diese rechtliche Qualifizierung richtig war. Die verfahrensmäßige Ausgestaltung zwingt nicht notwendig zu dem Schluß, die Grundabtretung als Enteignung anzusehen. Es gibt vielmehr noch zwei andere denkbare Möglichkeiten: Einmal ist zu bedenken, daß das System des Enteignungsrechts - ganz allgemein gesagt - im Jahre 1865 ein anderes war als heute, so daß vielleicht ein Tatbestand, der damals als Enteignung galt, heute nicht mehr als

---

1) ZfB 51, S.35.

2) Was nicht der Fall ist, vgl. das Zitat aus den Motiven der Kommission des Abgeordnetenhauses, u., S.184

eine solche anzusehen ist; das ist freilich eine weit entfernte Möglichkeit, weil der Enteignungsbegriff, wie man allgemein sagt, seit 1865 nur ausgeweitet, aber nicht eingeengt worden ist.

Zum anderen, und diese Möglichkeit liegt wesentlich näher, läßt sich denken, daß die rechtliche Qualifizierung der Grundabtretung als Enteignung, die in der Verfahrensregelung der §§ 142 ff ABG zum Ausdruck kommt, von Anfang an falsch war; d.h. es ist nicht ausgeschlossen, daß das ABG etwas formell wie eine Enteignung behandelt, das - vom Gesetzgeber des Jahres 1865 unerkannt - materiell gar keine Enteignung ist. (Ja, es ist nicht einmal undenkbar, daß ein materiell in das Privatrecht gehörender Anspruch vom Gesetzgeber bewußt so behandelt wird, daß er im Streitfall nicht vor dem ordentlichen Gericht, sondern vor einer Verwaltungsbehörde geltend zu machen ist, wobei nach heutigem Verfahrensrecht die Entscheidung der Verwaltungsbehörde dann im Verwaltungsrechtsweg nachgeprüft werden kann.)

Es läßt sich nicht genau nachweisen, wovon der Gesetzgeber des Jahres 1865 ausgegangen ist. Am nächsten liegt nach den vorstehenden Ausführungen immerhin, daß er die Grundabtretung auch materiell-rechtlich als Enteignung angesehen hat.

Andererseits steht aber fest, daß der Gesetzgeber das Grundabtretungsrecht als Inhalt des Bergwerkseigentums konstruiert hat. Darin liegt, wie oben[1)] ausgeführt, ein Widerspruch: Die Ausübung eines Rechtes, das Ausfluß eines Privatrechtes, wie das Bergwerkseigentum es ist, kann nicht Enteignung sein; denn diese setzt Ausübung hoheitlicher Befugnisse voraus.

Wie soll man diesen Widerspruch lösen? Soll man sagen, weil der Gesetzgeber die Grundabtretung verfahrensrechtlich als Enteignung konstruiert und sie daher höchst-

---

1) S. 145 ff.

wahrscheinlich materiell-rechtlich als solche angesehen habe, sei das Grundabtretungsrecht eben nicht Inhalt des Grundeigentums, entgegen dem Wortlaut der §§ 64, 54 ABG und entgegen der einhelligen Ansicht in Literatur und Rechtsprechung?

Für die Antwort auf diese Frage ist zweierlei zu bedenken:

Erstens: Allem Anschein nach hat der Gesetzgeber den geschilderten Widerspruch selbst nicht erkannt. Auch dann aber, wenn er ihn erkannt hätte, würde er die Grundabtretung mit hoher Wahrscheinlichkeit materiell als Inhalt des Bergwerkseigentums, also privatrechtlich gestaltet haben. Dazu hätte ihn vermutlich schon die Tatsache bewogen, daß das Rechtsinstitut der Grundabtretung geschichtlich eindeutig als privates Recht überliefert war, wie auch die Tatsache, daß es sich um eine Kollision zweier Rechte handelt.

Zweitens: Der Gesetzgeber hat zwar gedacht, die Grundabtretung sei eine Enteignung, wie sich aus der verfahrensrechtlichen Gestaltung und - mit großen Einschränkungen - aus den Materialien ergibt. Diese Meinung des Gesetzgebers ist aber keine den Richter bindende Wertentscheidung wie die Wertung eines Interessenkonflikts[1], sondern eine bloße Rechtsansicht des Gesetzgebers, die ebensowenig bindend ist wie die Rechtsansicht eines Gerichts. Das mag kurz ein ähnliches Beispiel aus neuester Zeit verdeutlichen: In § 10 BBauG ist bestimmt, daß der Bebauungsplan von der Gemeinde als Satzung zu beschließen ist. In dieser Verfahrensvorschrift kommt zum Ausdruck, daß der Gesetzgeber den Bebauungsplan materiell als Norm und nicht als Verwaltungsakt ansieht. Trotzdem ist an diese Ansicht niemand gebunden, soweit es um die materiell-rechtliche Qualifizierung des Bebauungsplans geht. Entscheidend ist allein die inhalt-

---

1) vgl. hierzu Westermann, Streitentscheidung, S.14 ff.

liche Ausgestaltung des Bebauungsplanes durch die materiell-rechtlichen Vorschriften des Bundesbaugesetzes. So ist denn die Diskussion über die Rechtsnatur der Bebauungspläne auch nach Inkrafttreten von § 10 BBauG nicht verstummt[1]. Genau dasselbe gilt für die bergrechtliche Grundabtretung: Die verfahrensrechtlichen Vorschriften des ABG sind zwar bindend. Soweit darin aber zum Ausdruck kommt, daß der Gesetzgeber die Grundabtretung materiell-rechtlich als Enteignung qualifizieren wollte, hat das nur die Bedeutung einer Rechtsansicht; diese kann die zur Erörterung gestellte Frage nicht entscheiden. Maßgebend ist vielmehr allein die materiell-rechtliche Ausgestaltung der Grundabtretung in den übrigen Vorschriften des ABG.

Danach aber bleibt es bei dem schon oben[2] gefundenen Ergebnis: Das Grundabtretungsrecht ist als Inhalt des Bergwerkseigentums ein privates Recht zur Einwirkung auf das Grundeigentum. Seine Ausübung ist folglich keine Enteignung.

Wenn hier ein Widerspruch bleibt zwischen materiellem Inhalt des Grundabtretungsrechts und seiner verfahrensmäßigen Durchsetzung, so liegt das nicht an einer falschen Gesetzesauslegung, sondern, wie nachgewiesen, allein daran, daß der Gesetzgeber die Widersprüche in den Regelungen der §§ 64, 135 ff. ABG nicht erkannt hat und diese Widersprüche daher hat Gesetz werden lassen. Es kann nicht Aufgabe der Rechtswissenschaft sein, diese Widersprüche zu beseitigen, sondern allein sie zu entdecken und aufzuklären. Beseitigen kann die Widersprüche nur der Gesetzgeber, ein neues, besseres Gesetz. Nähme die Rechtswissenschaft sich dieser Aufgabe an, so könnte das nur zu einem Verschleiern der Widersprüche führen.

---

1) vgl. hierzu im einzelnen und mit weiteren Nachweisen: Brohm, S.27 ff.

2) S.144 f.

e) Ergebnis

Nach allem spricht nur ein Umstand dafür, daß die Grundabtretung zur Benutzung Enteignungsrecht ist: Die Ausgestaltung des Verfahrens, in dem der Grundabtretungsanspruch durchgesetzt wird.

Das ist kein zwingender Beweis und kann allein nicht genügen. Entscheidend gegen die Qualifizierung der Grundabtretung als Enteignung sprechen vielmehr die Geschichte des Bergrechts, das Rechtssystem und die enteignungsrechtlichen Auffassungen des Jahres 1865 und vor allem die materiell-rechtliche Ausgestaltung, die das ABG der Grundabtretung gegeben haben: Der Grundabtretungsanspruch ist Inhalt des - privaten - Grundeigentums, dann ist auch seine Ausübung Geltendmachung eines Privatrechts, nicht einer hoheitlichen Befugnis, also nicht Enteignung. Die Grundabtretung zur Benutzung ist vielmehr - mit einigen, noch zu erläuternden Einschränkungen[1] ein mittelbares unselbständiges privates gesetzliches Einwirkungsrecht.

4. Das Grundabtretungsverfahren in der Sicht heutiger verfahrens- und verfassungsrechtlicher Vorstellungen

Der Grundabtretungsbeschluß hat in doppelter Hinsicht Funktionen, die für einen Verwaltungsakt ungewöhnlich sind: Er hat privatrechtsgestaltende Wirkung, indem er Rechte an einem Grundstück begründet oder zumindest doch ein Teil des Entstehungstatbestandes solcher Rechte ist.[2] Daneben hat der Grundabtretungsbeschluß

---

1) vgl. u., S.179 ff.

2) Bei der Grundabtretung zu Eigentum ist streitig, ob der Grundabtretungsbeschluß nur die Auflassung ersetzt - (so Isay § 144 Anm.C III 2; RGZ 62,215 = ZfB 47,265; RGZ 93,10; Arndt, S.157; Voelkel, ZfB 51,331 Boldt § 144 Anm.3b; Miesbach-Engelhardt, Anm.2 zu § 144 ABG; Ebel-Weller § 144 Anm.2b) oder ob er unmittelbaren Eigentumsübergang bewirkt (so Westhoff II, S.353; Brassert-Gottschalk, § 146; Anm.4c, S.540;

streitentscheidende Funktion, denn er entscheidet darüber, ob der vom Bergwerkseigentümer geltend gemachte Anspruch besteht oder nicht und ist formeller und materieller Rechtskraft fähig. Beide Wirkungen, die privatrechtsgestaltende und die streitentscheidende sind ungewöhnlich; denn ein Verwaltungsakt gilt in erster Linie als ein spezifisches Mittel zur Ordnung öffentlich-rechtlicher Beziehungen. Sein Modellfall ist die polizeiliche Verfügung, diese ist die klassische Form des Verwaltungsaktes[1].

Seit langem aber kennt das Verwaltungsrecht daneben auch gestaltende, insbesondere privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte: So hat z.B. H u b e r [2] für das Wirtschaftsverwaltungsrecht den privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt geradezu als eines der wichtigsten verwaltungstechnischen Mittel herausgestellt. Er definiert[3]:

> Ein privatrechtsgestaltender Wirtschaftsverwaltungsakt ist ein auf gesetzlicher Grundlage ergehender administrativer Hoheitsakt, der privatrechtliche Rechtsstellungen, Rechtsverhältnisse und Rechtsbeziehungen des Wirtschaftslebens, insbesondere der privatwirtschaftlichen Güter-, Vertrags- und Verbandsordnung, mit unmittelbarer Kraft erzeugt, verändert oder aufhebt.

Begriff und Institution des privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakts erkennen auch W o l f f [4] und F o r s t h o f f [5] an, der mit Recht sagt, diese Verwaltungsakte seien heute zu einem festen Begriff gewor-

---

Müller-Erzbach, S.327 f.) - ganz anders Wolff-Raiser (§ 97 III, 3, S.395): der Beschluß wirke nur obligatorisch - fälschlich unter Berufung auf RGZ 62,215 - schaffe außerdem aber für den Grundeigentümer eine Verfügungsbeschränkung i.S.v. § 892 BGB.

1) so auch Huber I, S.73.

2) I, S.72 ff.

3) aaO., S.78.

4) § 47 I c, S.242.

5) § 13, 2d, S.247 ff.

den[1]. Widerspruch gegen diese Begriffsbildung findet sich, soweit ersichtlich, nirgends.

Damit kann man auf den ersten Blick sagen, daß der Grundabtretungsbeschluß der §§ 142, 144 ABG sich in seiner privatrechtsgestaltenden Wirkung ohne weiteres in das heutige System des Verwaltungshandelns einfügt.

Einige Zweifel daran tauchen aber auf, wenn man einmal die Fälle betrachtet, die in der Literatur als Beispiele für privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte angeführt werden. So nennt W o l f f [2] als Beispiel Auflassungsgenehmigungen, F o r s t h o f f [3] auch die Zwangsverträge, wie den Zwangsmietervertrag[4], den Zwangsarbeitsvertrag gem. § 12 Abs.2 des Schwerbeschädigtengesetzes[5] und die hoheitlichen Einwirkungen im Tarifvertragswesen[6].

H u b e r , der die ausführlichste Behandlung des privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakts bringt, unterscheidet[7] bei ihnen drei Arten: die verbandsgestaltenden (Verleihung der Rechtsfähigkeit, Zwangsmitgliedschaften, Zwangszusammenschlüsse[8], vertragsgestaltende (Zwangsverträge, Genehmigungen, vertragsausgestaltende Hoheitsakte) und eigentumsgestaltende Wirtschaftsverwaltungsakte; letztere unterteilt er in eigentumsverleihende, eigentumsentziehende und eigentumsbeschränkende Hoheitsakte; hierunter fallen auch H u b e r [9] z.B. Verleihung des Bergwerkseigentums, Entziehung des Patentrechts, Stillegungsgebote u.a.

---

1) vgl. Eyermann-Fröhler, Rdn.47 zu § 40.

2) aaO.

3) § 4, 1, S.62/63.

4) "Mietverfügung", vgl. § 16 WBewG.

5) vom 12.1.23; RGBl I, S.57.

6) Früher Zwangsschlichtung nach der Schlichtungsverordnung v. 13.10.1923, vgl. im einzelnen Hueck-Nipperdey I, S.544; heute Erklärung der Allgemeinverbindlichkeit gem. § 5 Abs.1 Tarif-VertrG; vgl. im einzelnen Hueck-Nipperdey I, S.468 ff.

7) aaO., S.72-81

8) vgl. im einzelnen Huber I, S.195 ff.

9) aaO., S.78

Die Ähnlichkeit mancher dieser Fälle mit dem bergrechtlichen Grundabtretungsbeschluß ist unverkennbar. So ließe sich dieser als eigentumsbeschränkender Hoheitsakt bezeichnen.

Was aber alle diese Fälle von dem Grundabtretungsbeschluß nach dem ABG deutlich unterscheidet, ist folgendes:

Beim Grundabtretungsbeschluß tritt neben die gestaltende Wirkung die s t r e i t e n t s c h e i d e n d e Funktion. Natürlich kann es auch in allen oben erwähnten Fällen zu einem Streit kommen, nämlich zwischen der entscheidenden Behörde und dem von ihrer Entscheidung Betroffenen. Der durch den Beschluß nach §§ 142, 144 ABG zu entscheidende Streit aber ist ein anderer: Er besteht nicht zwischen Behörde und dem privaten Beteiligten, sondern zwischen zwei privaten Beteiligten. Über diesen Streit hat die Behörde zu entscheiden; es handelt sich also um die Entscheidung einer Parteistreitigkeit, und zwar einer privatrechtlichen Parteistreitigkeit.

Hier also, bei der streitentscheidenden Funktion des Grundabtretungsbeschlusses, nicht bei seiner Gestaltungswirkung, setzen die Bedenken ein: Eine Behörde entscheidet über eine private Parteistreitigkeit, sie übt rechtsprechende Gewalt aus.

Das ist absolut systemwidrig und verstößt vielleicht sogar gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung, vgl. Art.20, 92 GG.

Diese beiden Punkte, Systemswidrigkeit und verfassungsrechtliche Bedenken, sind im folgenden zu erörtern.

Der streitentscheidende Verwaltungsakt ist zwar, wie dargelegt, systemswidrig, in der verwaltungsrechtlichen Theorie aber trotzdem nicht ganz unbekannt.

Zum ersten Male wird der Begriff des streitentscheidenden Verwaltungsakts dem Sinn und dem Ausdruck nach in dem "Entwurf einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg" erwähnt, der zwar nie Gesetz geworden ist, nach

allgemeiner Ansicht[1] aber eine wissenschaftlich wertvolle Leistung darstellt. Dort findet sich in Art.86 das Verbot, "streitentscheidende" Verwaltungsakte zurückzunehmen oder zu ändern. Die Begründung sagt dazu, ihre Funktion, über die Ungewißheit des Bestehens eines Rechtsverhältnisses zu entscheiden, schließe die Widerruflichkeit wegen des "urteilsmäßigen Charakters" dieser Akte aus.[2]

Der Terminus "streitentscheidender Verwaltungsakt" taucht im Schrifttum erstmals in der 6.Auflage des Lehrbuchs von F o r s t h o f f[3] auf, wenn dort auch nur von "entscheidendem Verwaltungsakt" gesprochen wird. Forsthoff stellt diesen Verwaltungsakt in eine Reihe neben befehlende, gestaltende, feststellende und beurkundende Verwaltungsakte und kennzeichnet ihn schon dadurch als neue, selbständige Kategorie.

Dasselbe gilt von der Einteilung W o l f f s[4], dessen Begriff des streitentscheidenden Verwaltungsakts bereits oben[5] wörtlich wiedergegeben worden ist. Eine ausführliche Abhandlung über den streitentscheidenden Verwaltungsakt findet sich bislang nur bei S c h ü l e[6].

Dieser kommt nach ausführlicher Untersuchung von Schrifttum, Rechtsprechung und Gesetzesmaterial zu dem Ergebnis[7], daß dem streitentscheidenden Verwaltungsakt eine "dogmatische Eigenständigkeit" zuerkannt werden muß.

---

1) vgl. z.B. Schüle, S.280; Forsthoff, S.52, Fußn.1; Wolff § 13 II 2, S.50.

2) Ergänzungsband, S.76/77.

3) vgl. dort S.187 f; im übrigen wird hier stets die 7.Aufl. zitiert; die entspr. Stelle findet sich dort auf S.194.

4) vgl. § 47 I c 2, S.242.

5) S.39

6) aaO., S.277 ff.

7) aaO., S.297.

Nach den zitierten Beispielen kann das in der Tat heute kaum noch bezweifelt werden und wird auch nirgends angegriffen. Bezeichnend ist, mit welcher Selbstverständlichkeit in der neuesten Rechtsprechung und Literatur der "streitentscheidende Verwaltungsakt" als selbständige Kategorie genannt wird[1].

Was oben[2] als systemswidrig bezeichnet wurde, ist also weniger das Bestehen streitentscheidender Verwaltungsakte im allgemeinen, als vielmehr die Tatsache, daß der bergrechtliche Grundabtretungsbeschluß einen p r i v a t rechtlichen Streit entscheidet. Denn bei fast allen auffindbaren Beispielen für den streitentscheidenden Verwaltungsakt handelt es sich um Streitigkeiten öffentlich-rechtlicher Natur.

Es gibt aber tatsächlich auch Fälle, in denen der von der Behörde entschiedende Streit privatrechtlicher Natur ist. Das erkennt S c h ü l e [3] ausdrücklich an, wenn er auch - unzweifelhaft richtig - ausführt, daß diese Fälle Ausnahmen bilden und nicht zahlreich sind. F o r s t h o f f erkennt dies ebenfalls an, indem er auf den vom VGH Stuttgart[4] entschiedenen Fall verweist, das gleiche gilt von W o l f f wegen der weiten Fassung seines oben[5] zitierten Begriffs und weil er auf den in § 35 BJagdG geregelten Fall verweist, wo ohne Zweifel von privatrechtlichen Beziehungen die Rede ist.

Die Bedeutung der angeschnittenen Frage zwingt dazu, die Fälle, in denen Verwaltungsbehörden privatrechtliche Streitigkeiten entscheiden, kurz zusammenzustellen:

Nach § 6 des württemberg-badischen Gesetzes über den Fußball-Toto vom 18. August 1948[6] i.V.m. § 3 der DVO

---

1) vgl. z.B. Arnolds, DVBl 61,170; VGH Kassel, DVBl 61,559; von Turegg-Kraus, S.132 f.

2) S. 169

3) S.289.

4) VRspr. 3,411 f.

5) S. 39

6) Reg.Bl. S.135.

zu diesem Gesetz vom 13. September 1948 und i.V.m. Ziff.3 der Spielbedingungen entscheidet über Ansprüche der Wetter gegen die Toto-Gesellschaft der Finanzminister "endgültig unter Ausschluß des Rechtsweges". Die letztere Einschränkung ist verfassungswidrig[2]; das hat aber keinen Einfluß darauf, daß die Entscheidung des Finanzministers einen privat-rechtlichen Streit entscheidet, denn der Anspruch aus der Wette ist bürgerlich-rechtlich[3].

Weniger treffend ist das bei W o l f f [4] angeführte Beispiel des § 35 BJagdG i.V.m. §§ 3-10 der zweiten DVO zum nw Jagdgesetz über die Entscheidungsbefugnisse der Jagdbehörden in Wildschadensangelegenheiten.

> Nach § 35 BJagdG können die Landesjagdgesetze für Wildschadensstreitigkeiten das Beschreiten des ordentlichen Rechtsweges davon abhängig machen, daß vorher vor einer Verwaltungsbehörde ein Vorverfahren stattfindet, in dem ein der Rechtskraft fähiger, vollstreckbarer "Vorbescheid" ergehen kann. § 74 Nr.5 JagdG NRW vom 31.3.1953[5] verweist die Ausfüllung dieser Rahmenvorschrift in die Durchführungsverordnungen. Die 2. Durchführungsverordnung zum JagdG NRW vom 29.4.1953[6] enthält dann die Verfahrensvorschriften. Es fällt jedoch auf, daß hier keine umfassende Entscheidungsbefugnis der Jagdbehörde normiert ist. Vielmehr hat diese nur auf eine gütliche Einigung zu dringen. Nur soweit eine solche erreicht wird, entsteht ein vollstreckbarer Titel, vgl. § 10 Abs.1 der 2.DVO; kommt eine Einigung nicht zustande, wird lediglich das Scheitern des Güteversuchs festgestellt und eine Frist zur Klageerhebung bestimmt; es findet also keine "Verurteilung des Ersatzpflichtigen statt. Bei Versäumung der Klagefrist kann es also nur zu einer negativen Wirkung kommen, d.h. der Anspruch ist praktisch abgewiesen, eine positive, verurteilende Wirkung kann die Jagdbehörde nicht erreichen. Daher kann man von einem streitentscheidenden Verwaltungsakt hier eigentlich nicht sprechen.

---

1) Reg.Bl. S.133.

2) so schon VGH Stuttgart, VRspr. Bd.3, S.411 ff.

3) so auch Schüle, S.284, VGH Stuttgart, aaO., S.412.

4) § 47 I c 2, S.242.

5) GV NW S.797.

6) GV NW S.801.

Eine Regelung der von W o l f f gemeinten Art enthält aber das Wildschadensrecht in Niedersachsen. Das Verfahren ist ganz ähnlich dem in Nordrhein-Westfalen geregelt, vgl. Art.18 nds JagdG vom 31.3.1953[1] und die nds VO über das Vorverfahren in Wild- und Jagdschadenssachen vom 4.8.1953[2]. Nach § 6 der Verordnung kann der Vorbescheid aber auch einen bezifferten Anspruch zuerkennen, ein derartiger Vorbescheid ist, wenn er nicht rechtzeitig angefochten wird, vollstreckbar, § 10 Abs.1 aaO. - Hier liegt also eine volle Streitentscheidung durch die Jagdbehörde vor.

Eine inhaltlich gleiche Regelung wie in Niedersachsen findet sich u.a. in Hessen, vgl. § 30 hess. LJagdG vom 24.3.1953[3], und in Baden-Württemberg, vgl. § 27 Nr.2 LJagdG Baden-Württemberg vom 15.3.1954[4] und §§ 18,20 der 1.DVO dazu v. 25.3.54[5].

Ein weiterer Fall, in dem eine Verwaltungsbehörde über privatrechtliche Parteistreitigkeiten zu entscheiden hat, war folgender:

Nach § 23 der Fürsorgepflichtverordnung (RFV) konnte der nach bürgerlichem Recht Unterhaltspflichtige "im Verwaltungsweg" zum Kostenersatz an den öffentlichen Träger der Fürsorge angehalten werden, vgl. § 23 Abs.1 RFV. Nach § 23 Abs.2 RFV konnte die Verwaltungsbehörde die Unterhaltspflicht, d.h. die Ersatzpflicht gegenüber dem Fürsorgeverband, vorläufig rechtskräftig feststellen, wenn der Unterhaltspflichtige den Kostenersatz verweigerte. Das ist eine Streitentscheidung einer Verwaltungsbehörde[6].

---

1) Nds GVBl, S.23.

2) Nds GVBl, S.67.

3) GV Bl. 1953 S.27.

4) G Bl. S.35.

5) G Bl. S.44.

6) Entscheidende Behörde war nicht der Träger der Fürsorge selbst, sondern der Beschlußausschuß des Landkreises oder der kreisfreien Stadt, vgl. §§ 6,7 des nw ersten Vereinfachungsgesetzes i.V.m. Anlage 1 Nr.

In diesen Fällen wird die Funktion der Behörde, privatrechtliche Streitigkeiten zu entscheiden, besonders deutlich, weil der Berechtigte eine regelrechte Parteistellung hat und diese Parteistellung auch in dem eventuell folgenden gerichtlichen Verfahren beibehalten wird. Die Behörde hat die Funktion einer ersten Instanz.

Etwas anders ist das in den folgenden Fällen: Nach § 18 WHG i.V.m. § 21 nwWG können Art, Maß und Zeiten der Benutzung von Gewässern im Ausgleichsverfahren[1] geregelt werden, wenn verschiedene Benutzungen - aufgrund von Erlaubnissen, Bewilligungen, alten Rechten und alten Befugnissen - einander beeinträchtigen. In diesem Verfahren können gem. § 18 S.2 WHG auch Ausgleichszahlungen zwischen den Beteiligten festgesetzt werden. Nach § 115 nwWG entscheidet über Grund und Höhe derartiger Ausgleichsansprüche zunächst die zuständige Behörde durch einen gem. § 116 nwWG der Rechtskraft fähigen und vollstreckbaren Beschluß. Gegen die Festsetzung der Entschädigung ist der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten gegeben, § 117 Abs.1 nwWG.

Noch ein Beispiel aus dem alten Wasserrecht: Das prWG kannte, wie bereits oben[2] eingehend behandelt, die sog. Zwangsrechte, so das Recht des Oberliegers, vom Unterlieger unter gewissen Voraussetzungen die Aufnahme oberirdisch abfließenden Wassers zu verlangen, § 330 prWG, und den Anspruch des Eigentümers eines Ufergrundstücks gegen den Eigentümer eines natürlichen Wasserlaufs auf Duldung bestimmter Anlagen, wie Brücken und Bootshäuser. Verfahrensrechtlich bestimmte dazu § 340 prWG, daß über die aufgrund der §§ 330-339 prWG erhobenen Ansprü-

---

46 zu diesem Gesetz. Diese Regelung ist in die neue Regelung des Bundessozialhilfegesetzes (BSHG) nicht übernommen worden. § 90 BSHG kennt nur die Überleitung von Unterhaltsansprüchen auf den Träger der Sozialhilfe. Ein Verfahren, das § 23 RFV entspricht, gibt es nicht mehr, wie sich auch aus § 142 BSHG ergibt.

1) vgl. hierzu auch o., S. 65 ff, 71

2) S. 67 ff.

che und über Gegenansprüche auf Entschädigung der "Kreisausschuß" oder der "Bezirksausschuß", jedenfalls also eine Verwaltungsbehörde bestimmen, und es kann kein Zweifel daran bestehen, daß hier über privatrechtliche Streitigkeiten entschieden wird. Diese Fälle sind eine besonders wichtige Parallele, weil es sich z.T. ebenfalls um privatrechtliche Aufopferung handelt.

Danach dürfte bewiesen sein, daß es, wenn auch nur vereinzelt, Fälle gibt, in denen eine Verwaltungsbehörde über privatrechtliche Streitigkeiten entscheidet. Erwähnenswert ist noch das weitere, gerichtliche Verfahren, das sich an die behördliche Entscheidung anschließt:

Soweit in älteren Gesetzen der Rechtsweg ausgeschlossen wird, gilt heute die Generalklausel der VwGO, wonach jeder Verwaltungsakt vor dem Verwaltungsgericht anfechtbar ist. In derartigen Fällen kommt es also dahin, daß Verwaltungsgerichte über privatrechtliche Streitigkeiten entscheiden. Daran ist verfassungsrechtlich zunächst nichts auszusetzen, verfassungsmäßig garantiert ist die richterliche Nachprüfbarkeit allgemein, nicht die durch einen bestimmten Zweig der Gerichtsbarkeit.

Bedenklich ist aber folgendes: Die Parteien der Verfahren vor dem Verwaltungsgericht sind in den zuletzt behandelten Fällen nicht die Parteien, zwischen denen der zu entscheidende Streit besteht. Partei sind vielmehr auf der einen Seite die Verwaltungsbehörde, die den streitentscheidenden Verwaltungsakt erlassen, und auf der anderen Seite derjenige, der den Verwaltungsakt angefochten hat. Diese Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens bedeutet jedoch keine Verschlechterung des Rechtsschutzes für den Beteiligten, der im Prozeß nicht Partei ist. Diejenige der Streitparteien, die nicht Prozeßpartei ist - weil sie den Verwaltungsakt nicht angefochten hat -, ist trotzdem am Verfahren beteiligt, und zwar als sog. Beigeladene, vgl. §§ 63, 65, 66 VwGO; es liegt hier sogar ein Fall der notwendigen Beiladung gem. § 65 Abs.2 VwGO vor,

denn die Entscheidung des Gerichts wirkt notwendig auch für den anderen am streitigen Rechtsverhältnis Beteiligten[1]. Der als Beigeladener am Prozeß Beteiligte aber kann wie eine Partei selbständig Angriffsmittel und Verteidigungsmittel geltend machen, § 66 S.1 VwGO, als notwendiger Beigeladener auch Anträge stellen, die von denen der Parteien abweichen, § 66 S.2 VwGO. Die Rechtsmittel stehen gem. §§ 124 Abs.1, 132 Abs.1 VwGO jedem Beteiligten, also auch dem Beigeladenen zu. Dieser hat somit gegen eine Verschlechterung der behördlichen Entscheidung zu seinen Ungunsten vollen gerichtlichen Schutz. Verfassungsrechtliche Bedenken können daher auch in dieser Richtung nicht bestehen.

Schließlich ist aber noch zu prüfen, ob nicht Art.92 GG streitentscheidende Verwaltungsakte verbietet, denn diese Vorschrift bestimmt: "Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut; sie wird ... durch die Gerichte ... ausgeübt."

Es kann kaum ein Zweifel daran bestehen, daß die Verwaltungsbehörden bei den Entscheidungen über privatrechtliche Streitigkeiten rechtsprechende Gewalt ausüben: Sie subsumieren einen feststehenden Sachverhalt unter Normen des Privatrechts und sprechen das gefundene Ergebnis in urteilsartiger Form aus. Derartige Entscheidungen sind nicht nur formeller Rechtskraft fähig, sondern können auch materiell rechtkräftig werden[2]. Die nahe Verwandtschaft dieser streitentscheidenden Verwaltungsakte zur Entscheidung eines Gerichtes wird noch deutlicher, wenn man beachtet, daß es auf der anderen Seite gerichtliche Streitentscheidungen gibt, die sich - weil der Richter bei ihnen einen Entscheidungsspielraum (aber kein "Ermessen"!) hat - einem Ver-

---

1) In diesem Sinne auch Eyermann-Fröhler § 65 Rdn.27; Ule § 23 II 1, S.64.

2) vgl. dazu etwa Wolff § 52; Forsthoff § 13, S.231 ff (236); Eyermann-Fröhler § 42 Anh. Rdn. 38.

waltungsakt annähern. Es handelt sich u.a. um die Fälle der Hausratsverteilung nach der Entscheidung gem. § 1 der 6. DVO zum EheG, um das Verfahren gem. §§ 2,9 LwVG, des Landpachtgesetzes (Änderung von landwirtschaftlichen Pachtverträgen, §§ 7,8 LandPG), des Eingriffs in Mietverträge gem. §§ 31, 28 MSchG, aber auch um die Entscheidung über das Notwegrecht des § 917 Abs.1 S.2 BGB, wonach der Richter u.a. die Richtung des Notweges zu bestimmen hat.

Wenn schon diese Entscheidungen den Gerichten zugewiesen sind, vom Gesetz also wohl als Rechtsprechung angesehen werden, dann erstaunt es nicht, wenn Zweifel dahin geäußert werden, ob die Entscheidung privatrechtlicher Streitigkeiten durch Verwaltungsbehörden mit Art. 20, 92 GG zu vereinbaren sei[1].

Diese Zweifel schlagen aber nicht durch: Die Verwaltungsbehörden sprechen nämlich in allen erwähnten Fällen nicht in der Weise Recht, daß sie etwa das letzte Wort hätten. Vielmehr ist in allen Fällen die gerichtliche Nachprüfung dieser Entscheidungen möglich, entweder kraft besonderer gesetzlicher Bestimmung in dem betreffenden Gesetz (so meist über die Höhe einer Entschädigung) oder kraft der Generalklausel des § 40 Abs. VwGO (so meist hinsichtlich des Anspruchgrundes, über den die Behörde entschieden hat). Damit werden die erwähnten Entscheidungen der Behörden zu einer Art Vorverfahren, das dem gerichtlichen Verfahren nur vorgeschaltet ist.

Die Einschaltung derartiger Vorverfahren aber ist nicht verfassungswidrig[2]. Das ist insbesondere bei Strafsachen anerkannt. So hat der BGH die Strafgewalt der Finanzbehörden in Steuerstrafsachen als verfassungsgemäß anerkannt, weil gegen die Strafbescheide der Finanzämter

---

1) vgl. Schüle, S.294.

2) Das ist allerdings nicht unstreitig; dem BVerfG liegen mehrere derartige Verfahren aus dem Steuerrecht zur Entscheidung vor.

die ordentlichen Gerichte angerufen werden können[1]. Dasselbe gilt von der Strafgewalt der Behörden bei Verurteilungen nach dem Gesetz über die Ordnungswidrigkeiten.

Die entscheidenden Worte zu dem hier angeschnittenen Problem der Art.20, 92 GG hat das BVerfG in seiner bekannten Entscheidung über die Rechtsstellung des Bundespatentamtes gesprochen[2]: Gewisse Überschneidungen der Aufgabenbereiche der drei Gewalten seien mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung vereinbar, es dürfe nur keine der Gewalten durch die Aufgabenverlagerung auf eine der beiden anderen Gewalten ausgehöhlt werden. Da Art.92 GG die rechtsprechende Gewalt ausschließlich den Richtern anvertraut habe, sei jedoch die Übertragung von Aufgaben der Rechtsprechung auf eine der beiden anderen Gewalten stets verfassungswidrig.

Auf den ersten Blick könnte man meinen, diese Sätze des BVerfG, insbesondere der letzte, spreche gegen die hier vertretene Ansicht von der Verfassungsmäßigkeit der Institution des streitentscheidenden Verwaltungsaktes. In Wirklichkeit ist es genau umgekehrt, wie sich aus dem Zusammenhang der Patentamtsentscheidung des BVerfG ergibt: Das BVerfG hält nur für verfassungswidrig, daß das Bundespatentamt unanfechtbar entscheidet, daß keine gerichtliche Überprüfung möglich ist. Das BVerfG erkennt dem Bundespatentamt zwar die Eigenschaft als Gericht ab, aber es sagt nichts dagegen, daß es durch - anfechtbaren - Verwaltungsakt über Streitigkeiten entscheiden kann, so über die vom BVerfG selbst erwähnte Zwangslizenz.

Danach dürfte insgesamt folgendes feststehen:

Erstens: Die Eigenart des Grundabtretungsbeschlusses wird durch seine Einordnung als privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt nicht hinreichend erfaßt. In dem System

---

1) vgl. BGH NJW 59, 1230.

2) vgl. BVerfG NJW 59, 1507 ff, 1508.

verwaltungsbehördlichen Handelns läßt er sich vielmehr nur als streitentscheidender Verwaltungsakt verstehen.

Zweitens: Es gibt seit jeher und auch noch heute weitere Fälle, in denen eine Verwaltungsbehörde über privatrechtliche Streitigkeiten entscheidet.

Drittens: Die Institution des streitentscheidenden Verwaltungsakts ist heute allgemein anerkannt.

Viertens: Verfassungsrechtliche Bedenken gegen diese Institution bestehen nicht.

Danach steht fest, daß die Einordnung des Grundabtretungsbeschlusses als einer Verwaltungsentscheidung über privatrechtliche Streitigkeiten mit den heutigen verfahrensrechtlichen und verfassungsrechtlichen Vorstellungen zu vereinbaren ist.

Mehr war hier nicht zu beweisen. Es sollte insbesondere nicht wegdiskutiert werden, daß der Gesetzgeber das Grundabtretungsverfahren formell als ein modifiziertes Enteignungsverfahren ausgestaltet hat. Zu beweisen war hier vielmehr nur, daß die hier vertretene privatrechtliche Auffassung von der Rechtsnatur der Grundabtretung nicht unvereinbar ist mit der verfahrensrechtlichen Ausgestaltung der Grundabtretung.

Ist diese Vereinbarkeit aber, wie gezeigt, gegeben, so ist kein zwingender Schluß mehr möglich aus der verfahrensrechtlichen Handhabung der Grundabtretung auf deren materiellen Inhalt.[1)]

5. Einschränkung des Ergebnisses

Eine Einschränkung des Ergebnisses dieser Untersuchung, daß die bergrechtliche Grundabtretung keine Enteignung ist, liegt in folgendem:

Es hatte sich ergeben, daß der wesentliche Unterschied zwischen Enteignung und privatrechtlicher Aufopferung

---

1) Dasselbe gilt für alle paralellen Fälle auf dem Gebiet der privatrechtlichen Aufopferung, insbes. im Wasserrecht.

der ist, daß die letztere eine Kollisionsregelung zwischen privaten Rechten ist, die erstere jedoch ein unmittelbares öffentliches Interesse durchzusetzen bestimmt ist[1]. Die bergrechtliche Grundabtretung war in der vorliegenden Untersuchung bisher uneingeschränkt als Kollisionsregelung angesehen worden. Daran ist grundsätzlich auch weiter festzuhalten.

Andererseits wäre aber denkbar, daß der Gesetzgeber in diesen Vorschriften noch mehr getan hat, als nur eine Kollisionsregelung zu schaffen. Es wäre ohne weiteres denkbar, daß sich in den genannten Vorschriften außer Kollisionsregelungen noch privilegartige Bestüngigungen von Bergwerksunternehmern finden. Das wären also Regelungen, die einer Enteignung zugunsten Privater sehr nahe kämen. Jedenfalls wären sie keine Kollisionsnormen; und deshalb wäre der Gesetzgeber verpflichtet, sie nur so zu konstruieren, daß die Entstehung von Eingriffsrechten vom Vorliegen eines überwiegenden öffentlichen Interesses abhängig wäre. Er müßte sie also praktisch als Enteignung konstruieren[2].

Dieser Gesichtspunkt war hier bisher nur einmal angeklungen[3]: Im Kommentar von K l o s t e r m a n n wurde bereits im Jahre 1885 darauf hingewiesen[4], daß man zwischen den "eigentlichen"Bergwerksanlagen

> z.B. Hilfsbauen, Maschinenanlagen, Halden, Verbindungswegen zur nächsten öffentlichen Straße

und Anlagen, die lediglich den Absatz erleichtern sollen, unterscheiden müsse. Im ersten Fall, so meint K l o s t e r m a n n [5], bewege sich der Bergwerkseigentümer nur in Ausübung seines Eigentums. Die Gewinnung der Mineralien habe notwendig eine Einschränkung des Grundeigentumszur Folge. Bei Anlagen hingegen, die

---

1) vgl. im einzelnen o., S.103 ff.
2) vgl. im einzelnen o., S.120 ff.
3) vgl. o., S.14
4) § 135 Note 287, S.239.
5) aaO.

den Absatz erleichtern sollten, sei die Grundabtretung "nicht durch das Recht, sondern nur durch das Interesse des Bergwerkseigentümers bedingt". Deshalb liege in diesen Fällen eine Enteignung vor. Eine ähnliche Unterscheidung findet sich später nirgends.

Die bisherigen Ergebnisse der vorliegenden Untersuchung zwingen jedoch dazu, diese Unterscheidung wieder aufzunehmen: Wenn dem Bergwerkseigentümer Rechte gegeben werden, die zur Gewinnung, Aufbereitung, Lagerung und Abfuhr der Mineralien nicht erforderlich sind, sondern darüber hinausgehen, dann hat das mit einer Regelung der Kollision zwischen Bergwerkseigentum und Grundeigentum nichts mehr zu tun.

Hier fällt auf, daß § 135 ABG davon spricht, daß die Grundabtretung zulässig ist, wenn sie für den "Betrieb des Bergbaus" erforderlich ist und nicht etwa formuliert "Betrieb des Bergwerks". Der Betrieb des Bergbaus ist aber weitergehend, als der Betrieb des Bergwerks[1]. Man kann unter ihn ohne weiteres auch den Betrieb von Kokereien und Brikettfabriken bringen[2].

Nach den Ergebnissen der vorliegenden Untersuchung darf aber eine Eingriffsbefugnis mit derartigen Zielen nur auf der Grundlage des Enteignungsrechtes gegeben werden, muß also vom Vorliegen eines öffentlichen Interesses abhängig gemacht werden. Denn es ist unmöglich, die Befugnis, Grundabtretung zur Errichtung einer Brikettfabrik zu verlangen, noch als das Ergebnis einer Kollisionsregelung zwischen Bergwerkseigentum und Grundeigentum aufzufassen. Das gleiche gilt bei Abtretungen für die Errichtung von Sprengstofflagern, Sägewerken für Grubenholz und Überlandleitungen für die Stromversorgung eines Bergwerks.

---

1) so auch Ebel-Weller § 135 Anm.2

2) Die Grundabtretung für solche Zwecke wird denn auch ohne Unterscheidung zu anderen Fällen allgemein bejaht, vgl. etwa Ebel-Weller § 135 Anm.2; Miesbach-Engelhardt Anm.5 zu § 135 ABG; Isay § 135 Anm.B I 1 b S.11.

Dagegen ist eine Ausübung des Bergwerkseigentums praktisch unmöglich, wenn nicht der Abtransport der geförderten Mineralien möglich ist. Deswegen liegt eine Grundabtretung zur Erlangung eines Zuganges zu öffentlichen Wegen noch im Rahmen einer Kollisionsregelung.

Das Ergebnis dieser Überlegungen ist nun aber nicht etwa das, daß in den angeführten Fällen von Abtretungen für Kokereien, Brikettfabriken, Überlandleitungen usw. die Abtretung nicht unter § 135 ABG fiele. Eine Auslegung des § 135 ABG, die eine Abtretung für Kokereien usw. unter § 135 ABG fallen läßt, wird m.E. vielmehr der Intention dieser Vorschrift vollständig gerecht[1]; § 135 ABG will eben, wie bereits angedeutet, nicht nur den Betrieb des "Bergwerks" ermöglichen, sondern den Bergbau insgesamt, mit allen Neben- und allen Folgetätigkeiten fördern.

Wenn diese Auslegung damit auch dem ABG entspricht, so bleibt allerdings zu prüfen, ob der derart weit ausgelegte § 135 ABG noch Art. 14 GG entspricht. Das ist nach den bisherigen Ergebnissen der vorliegenden Untersuchung offenbar nicht der Fall: Wo keine Kollisionsregelung vorliegt, darf der Gesetzgeber Eingriffsbefugnisse nur für den Fall des Vorliegens eines öffentlichen Interesses zubilligen[2]. § 135 ABG aber verlangt kein öffentliches Interesse in diesem Sinne[3]. § 135 ABG ist daher verfassungswidrig, wenn er so angewendet wird, daß die Grundabtretung für eine Kokerei etc. ohne öffentliches Interesse im Einzelfall zulässig ist.

Diese Feststellung führt nicht zur Nichtigkeit des § 135 ABG. Es ist vielmehr eine Korrektur mit der sog. "verfassungskonformen Auslegung"[4] möglich. Eine weit-

---

1) vgl. insbes. die unten S.184 zitierte Stelle aus den Motiven des Abgeordnetenhauses.

2) vgl.o., S.120 ff.

3) Der Vorbehalt des § 136 Abs.1 ABG verlangt dies ebenfalls nicht, vgl. o., S.158 ff.

4) vgl. dazu BVerfG NJW 1953,1057,1097; 1958,1227.

gehende Auslegung eines Gesetzes, die mit der Verfassung nicht mehr vereinbar ist, muß abgelehnt werden, selbst wenn diese Auslegung an sich den Vorstellungen des Gesetzgebers entsprochen hätte[1]. Deshalb ist § 135 ABG verfassungskonform dahin auszulegen, daß Abtretungen für den Bau von Kokereien, Brikettfabriken, Überlandleitungen etc. aufgrund dieser Vorschrift nicht verlangt werden können.

Es liegt nahe, daß gegen diese Ansicht der schwerwiegende Vorwurf erhoben wird, sie sei unpraktikabel. Denn es lasse sich sehr darüber streiten, was noch notwendig zur Ausübung des Bergwerkseigentums gehört, also Kollisionsregelung ist und nach der hier vertretenen Meinung unter § 135 ABG fallen soll, und was nicht.

M.E. läßt sich dieser Vorwurf damit entkräften, daß zu einer Kollisionsregelung zwischen Bergwerkseigentum und Grundeigentum die Erteilung aller solcher Befugnisse gehört, die für die Gewinnung von Bodenschätzen typisch sind, und daß es sich nicht um eine Kollisionsregelung handelt, wenn es um Befugnisse geht, die auch anderen Unternehmen zugesprochen werden könnten (mit dem Unterschied, daß für jene nie ein Zweifel daran bestanden hat, daß sie nur mit Hilfe des Enteignungsrechts zum Ziele kommen könnten). So ist typisch für die zur Gewinnung von Bodenschätzen erforderliche Tätigkeit das Wegräumen der Erdoberfläche, um Braunkohlenvorkommen zu erschließen, der Bau von Schächten, die Schaffung von Verlade- und von Transporteinrichtungen, Ableitung von Grubenwässern und Lagerung von Gesteinsmassen (Halden). Dagegen sind der Bau von Arbeiterwohnungen, aber auch von Kokereien und Braunkohlefabriken nicht mehr typische Abbautätigkeit und Abtransport, sondern Tätigkeiten, wie sie jeder andere Unternehmer auch vornehmen kann. Das zeigt sich deutlich daran, daß Kokereien und Brikettfabriken bei weitem nicht so standortgebunden

---

1) so fast wörtlich BVerfG NJW 1958, 1227.

sind, wie die Schachtanlagen und Nebengebäude[1].

Das Ergebnis dieser Ausführungen, daß also im Institut der Grundabtretung sowohl Kollisionsregelungen als auch enteignungsrechtliche Gedanken vorhanden sind, mag überraschen. Es erscheint aber nach Aufdeckung des Phänomens der privatrechtlichen Aufopferung und dessen grundsätzlicher Verschiedenheit von der Enteignung als unausweichlich.

Weniger des weiteren Beweises wegen, sondern mehr als Kuriosum sei abschließend eine kaum beachtete Stelle aus den Materialien zum ABG zitiert[2], die in geradezu verblüffender Weise dieselbe Unterscheidung vornimmt wie die vorliegende Untersuchung:

> "Es konnte sich hierbei fragen, ob nicht nach Vorgang des Belgischen Bergwerksgesetzes vom 2. Mai 1837 zwischen den zum Betriebe des Bergwerks gehörigen Anlagen und den Anlagen, welche die Verarbeitung und den Absatz der Produkte bezwecken, ein Unterschied zu machen sei, und ob es etwa zweckmäßig sei, in Betreff der Expropriation für Anlagen der letzteren Gattung die Genehmigung generell durch das Gesetz zu ertheilen, oder ob, wie es das Belgische Gesetz tut, deren Nachsuchung für jeden einzelnen Fall vorzubehalten sei.
> Die Kommission verkannte nicht, daß vom rein juristischen Standpunkt aus das Expropriationsrecht bezüglich der ersteren Betriebszwecke sich als unmittelbare Ausübung des Bergwerks-Eigentumsrechts charakterisiert, was für letztere Kategorie der Aufbereitungs-Anstalten und Absatzanlagen nicht anzuerkennen ist. Die mit dem Grundeigentum entstehende Kollision ist in dem ersten Fall, wie Klostermann ... treffend hervorhebt, eine Kollision der Rechte, in dem zweiten Falle eine Kollision der Interessen. Allein darüber war man allerzeit einverstanden, und es entspricht nach der Ansicht der Kommission vollständig der Natur der vorliegenden Verhältnisse und wirtschaftlichen Anforderungen, daß dem Bergbautreibenden die Möglichkeit nicht versagt sein darf, die Grundabtretung auch für Anlagen dieser zweiten Kategorie zu verlangen, sofern nur durch ein zweckmäßiges Verfahren sowohl dem öffentlichen Interesse des Staates, als dem Interesse des Grundeigenthümers Gelegenheit gegeben ist, sich geltend zu machen ..."

---

1) So werden heute schon gelegentlich die Kokereien nicht mehr bei der Schachtanlage gebaut, sondern im Hüttenwerk.

2) aus den Motiven der Kommission des Abgeordnetenhauses,

Der einzige Unterschied zwischen den in der zitierten Stelle und in der vorliegenden Untersuchung vertretenen Ansichten liegt darin, daß der Gesetzgeber des Jahres 1865 über den aufgezeigten "rein juristischen Standpunkt" hinweggehen könnte, während sich gerade aus ihm heute verfassungsrechtliche Folgen ergeben.

B. Die Grundabtretung zu Eigentum

Seit der Änderung des ABG im Jahre 1937 kann der Bergwerkseigentümer im Falle des § 136 Abs.2 ABG auch eine Grundabtretung zu Eigentum verlangen[1]. Seitdem kann man zwischen Abtretung zu Eigentum und Abtretung zur Benutzung unterscheiden. Im vorliegenden Zusammenhang jedoch, bei der Frage nach der Rechtsnatur der Grundabtretung hat diese Unterscheidung bislang keine Rolle gespielt. Von niemandem wird die Meinung vertreten, die Grundabtretung zu Eigentum sei Enteignung, die Grundabtretung zur Benutzung dagegen nicht. Es wird stets in beiden Fällen zugleich entweder Enteignung angenommen oder nicht.

> Lediglich vom Aufbau ihrer Untersuchungen her trennen manche Autoren die beiden Arten der Grundabtretung.[2]

Nach den vorliegenden Untersuchungen ergibt sich für die beiden Arten der Grundabtretung jedoch ein unterschiedliches Ergebnis. Die Grundabtretung zu Eigentum des § 136 Abs.2 ABG kann nach den Ergebnissen dieser Untersuchung

---

bei Hahn, S.257/258; diese Stelle wird nur bei Klostermann (§ 135, Note 287, S.239, vgl. auch oben S.14) hervorgehoben.

1) Unter Grundabtretung zu Eigentum wird hier ausschließlich der Fall des § 136 Abs.2 ABG verstanden, nicht auch die Fälle, in denen der Bergwerkseigentümer eine Abtretung zu Eigentum zwar nicht verlangen kann, das Eigentum aber erwerben muß, wenn der Grundeigentümer das verlangt, vgl. §§ 137 Abs.2 S.2, 138, 139 Abs.2 ABG.

2) so z.B. P.Heinemann in seinen zitierten Veröffentlichungen.

nur als enteignungsrechtliches Institut bezeichnet werden.

Der Grund dafür liegt aber nicht etwa darin, daß der Zwang zur Übereignung ein schwererer Eingriff in das Eigentum ist als der Zwang zur Besitzüberlassung. Von diesem Unterschied auszugehen, wäre ein Rückfall in den häufig begangenen Fehler, das Problem der Rechtsnatur der Grundabtretung als ein Problem der Abgrenzung zwischen Enteignung und Sozialbindung mißzuverstehen[1].

> Im übrigen wäre der Eingriff durch eine Benutzung immer noch so schwer, daß - zumindest nach der "Schweretheorie" des Bundesverwaltungsgerichts[2] - auch bei ihr nur Enteignung angenommen werden könnte, wenn es hier auf diese Unterscheidung ankommen würde.

Die Grundabtretung zu Eigentum ist vielmehr deshalb Enteignung, weil der berechtigte Bergwerkseigentümer kein subjektives Recht auf Übereignung hat. Es verwirklicht sich hier vielmehr eine hoheitliche Befugnis. Das ergibt sich daraus, daß § 136 Abs.2 ABG zur Voraussetzung der Abtretung macht, daß "der Wirtschaftsminister aus überwiegenden Gründen des öffentlichen Interesses zugestimmt hat". In diesem Fall hat das Merkmal "öffentliches Interesse" dieselbe Bedeutung wie bei § 15 PatG.

> Wenn hier von überwiegendem öffentlichen Interesse die Rede ist, so macht das keinen Unterschied. Denn selbstverständlich kann auch nach § 15 PatG die Zwangslizenz nur erteilt werden, wenn das öffentliche Interesse das private Interesse des Lizenzinhabers überwiegt.

Es kann deshalb auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden[3]. Ihr Ergebnis war, daß dort keine privatrechtliche Einwirkungsbefugnis mehr vorliegt, sondern sich hoheitliche Befugnisse durchsetzen, wo ein öffentliches Interesse Voraussetzung für die Entstehung der Eingriffsbefugnis ist.

---

1) vgl. dazu insbes. o., S.87 ff.

2) vgl. zuletzt BVerwG in NJW 1962, S.271 m.w.N.

3) vgl. dazu o., S.97 ff, 128 ff.

Ein Unterschied der Regelung des § 136 Abs.2 ABG zu § 15 PatG liegt allerdings darin, daß es sich bei § 136 Abs.2 ABG immer noch um eine Kollisionsregelung handelt. Daraus ergeben sich jedoch keine Bedenken: Dem Gesetzgeber ist es zwar verwehrt, Eingriffsbefugnisse zugunsten Privater, die keine Kollisionsregelung darstellen, ohne das Erfordernis des öffentlichen Interesses im Einzelfall zu schaffen. Es kann ihm aber nicht auch umgekehrt verboten sein, Kollisionsregelungen öffentlich-rechtlich zu gestalten, d.h. keinem der jeweiligen Inhaber der kollidierenden Rechte ein subjektives Eingriffsrecht zu geben, sondern eine öffentlich-rechtliche Lösung zu schaffen, die den Eingriff vom Vorliegen eines öffentlichen Interesses im Einzelfall abhängig macht. Das ist in § 136 Abs.2 ABG geschehen.

Irgendeine praktische Bedeutung hat diese Einordnung der Grundabtretung zu Eigentum gem. § 136 Abs.2 ABG jedoch nicht. Auch insoweit gilt hier das schon oben[1] zu § 15 PatG Gesagte. Selbst wenn man § 136 Abs.2 ABG als privatrechtliche Einwirkungsbefugnis ansehen würde, hätte das für den Umfang der Einschränkung des betroffenen Grundeigentums keinen Einfluß; denn es wäre ja im einen wie im anderen Fall nur bei Vorliegen eines überwiegenden öffentlichen Interesses entziehbar. Der wesentliche Unterschied zu § 15 PatG liegt also darin, daß der Gesetzgeber bei § 136 Abs.2 ABG nicht gezwungen war, das öffentliche Interesse zur Voraussetzung der Eingriffsmöglichkeit zu machen. Bei § 15 PatG dagegen war das unerläßlich, weil es sich bei der Zwangslizenz nicht um eine Kollisionsregelung handelt. Wenn der Gesetzgeber aber trotzdem auch bei § 136 Abs.2 ABG öffentliches Interesse verlangt, so bestehen dagegen keine Bedenken.

---

1) vgl. S. 97 ff.

IV. Zusammenfassung

1. Das schwierigste und am meisten erörterte Problem des Enteignungsrechts ist die Abgrenzung zwischen Enteignung und Eigentumsbindung. Diese Problematik ist n i c h t Gegenstand der vorliegenden Untersuchung. Sie behandelt vielmehr das bis heute nirgends klar herausgearbeitete Problem der Abgrenzung der Enteignung von "privaten gesetzlichen Einwirkungsrechten". Unter diesem Begriff faßt die vorliegende Untersuchung die Fälle zusammen, in denen ein gesetzlich begründetes subjektives privates Recht eine Befugnis zur Einwirkung auf fremde Rechte - oder in fremdem Eigentum stehende Sachen - gibt. Als kürzerer und prägnanterer Oberbegriff wird der der "privatrechtlichen Aufopferung" vorgeschlagen.

2. Die Diskussion über die Rechtsnatur der bergrechtlichen Grundabtretung leidet seit jeher darunter, daß die beiden genannten Problemkreise nicht auseinandergehalten werden. Die beiden gegensätzlichen Meinungen gehen aneinander vorbei: Die einen sprechen vom Unterschied zwischen Enteignung und Eigentumsbindung, die andern behandeln die Grundabtretung als eine nachbarrechtliche Befugnis. Niemand hat bislang bemerkt, daß die Alternativen Enteignung oder Eigentumsbindung die Auffassung der Grundabtretung als einer nachbarrechtlichen Regelung gar nicht einschließen. Dies ist vielmehr, wie die vorliegende Untersuchung zeigen soll, eine dritte Möglichkeit, die ihrerseits zu den beiden anderen Auffassungen in Widerspruch steht.

Richtig ist zunächst allein die Fragestellung:

Hoheitlicher Eingriff oder privatrechtliche Einwirkungsbefugnis? Denn das ist die logisch vorrangige Frage. Nur falls diese zugunsten des hoheitlichen Eingriffs entschieden werden könnte, dürfte dann noch gefragt werden, ob dieser hoheitliche Eingriff Enteignung oder Eigentumsbindung ist.

3. Das Phänomen der privaten gesetzlichen Einwirkungsrechte ist zu erfassen durch Aufzählung und Systematisierung der einzelnen Fälle:

a) Zu unterscheiden sind "mittelbare" und "unmittelbare" Einwirkungsrechte. Die unmittelbaren geben einen Duldungsanspruch, den der Berechtigte meist sogar im Wege der Selbsthilfe durchsetzen kann. Unmittelbare Einwirkungsbefugnisse sind: Die Immissionsbefugnisse und die Rechte aus dem sog. nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis sowie aus der sog. nachbarrechtlichen Aufopferung, ferner der Überbau, das Notwegrecht, die Befugnisse aus verliehenen Wassernutzungsrechten sowie die Notstands- und die Verfolgungsrechte.

Bei den mittelbaren Einwirkungsrechten dagegen besteht primär kein Anspruch auf Duldung, sondern nur ein Anspruch auf Einräumung einer Einwirkungsbefugnis. Will der Berechtigte einwirken, muß er zunächst diesen "Umweg" gehen. Hierhin gehören die Fälle der wasserrechtlichen Zwangsrechte, der urheberrechtlichen Zwangslizenz nach § 22 LUG und der Zwangslizenz nach § 15 PatG.

b) Eine andere Einteilung der Einwirkungsrechte ist die in selbständige und unselbständige: Unselbständig ist ein Einwirkungsrecht, wenn es Inhalt einer anderen, umfassenderen Befugnis ist. Unselbständig sind alle nachbarrechtlichen Einwirkungsrechte und die Befugnisse aus den §§ 330, 333, 334 - nicht 331 und 332 - prWG (und deren Nachfolger in den neuen Wassergesetzen), sowie die Notstands- und die Verfolgungsrechte.

Selbständig, d.h. nicht Inhalt eines umfassenderen Rechtes, vielmehr privilegartige Befugnis für Personen und Unternehmen mit besonderen Eigenschaften und Vorhaben, sind die Zwangsrechte der §§ 331, 332 prWG und die Zwangslizenzen.

4. Die Gruppe der mittelbaren unselbständigen Einwirkungsrechte - zu dieser gehört auch die Grundabtretung - muß von der Enteignung unterschieden werden, denn

a) die rechtstechnische Konstruktion der Einwirkungsrechte ist vertauschbar: Mittelbare Einwirkungsrechte hätten auch als unmittelbare konstruiert werden können. Diese sind aber gewiß keine Enteignung, denn es fehlt am hoheitlichen Eingriff. Es kann daher nicht auf die rechtstechnische Konstruktion ankommen. Vielmehr muß auf den "materiellen Hintergrund" zurückgegriffen werden (wie das ja auch geschieht, wenn Erscheinungen wie Einziehung, Konfiskation usw. von der Enteignung unterschieden werden).

b) Dieser materielle Hintergrund ist aber auch bei den unselbständigen mittelbaren - wie bei den unmittelbaren - Einwirkungsrechten ein subjektives privates Recht (also keine hoheitliche Befugnis und damit weder Enteignung noch Eigentumsbindung). Diese privaten Rechte haben nur die Eigenart, daß sie keinen unmittelbaren Anspruch gegen den Betroffenen geben. Sie verwirklichen sich auf andere Art, nämlich mittels eines behördlichen Verfahrens, bei dem aber die Behörde keinen Ermessensspielraum hat. Da das Bestehen von Ansprüchen aber nicht Voraussetzung für das Vorliegen eines subjektiven Rechtes ist, kann die Art und Weise, wie das Recht sich verwirklicht, nicht entscheidend sein. Subjektives Recht ist vielmehr jede vom objektiven Recht geschaffene günstige Position, deren Verwirklichung - bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen - allein vom Willen des Berechtigten abhängt. Das ist aber auch bei den unselbständigen mittelbaren Einwirkungsrechten der Fall.

5. Mit dieser "Entdeckung" ist es aber nicht getan. Das zeigt eine andere Art der "Vertauschbarkeit rechtstechnischer Konstruktionen": Es gibt eine Reihe von

Fällen der Enteignung zugunsten Privater, die auch als privatrechtliche Einwirkungsbefugnisse hätten konstruiert werden können. Das würde, wenn man am Erfordernis des hoheitlichen Eingriffs für die Anwendbarkeit der Wertungen des Art.14 Abs.3 GG festhalten würde, dazu führen, daß Art.14 Abs.3 GG vom Gesetzgeber mittels besonderer rechtstechnischer Konstruktionen umgangen werden könnte.

Es muß daher nach anderen Gesichtspunkten gesucht werden, die darüber entscheiden, ob die Wertungen des Art.14 Abs.3 GG anzuwenden sind oder nicht. Dabei geht es allein um die Frage, ob der Gesetzgeber eine Eingriffsbefugnis tatbestandlich vom Vorliegen eines öffentlichen Interesses abhängig machen muß oder nicht.

Das führt zu folgender Überlegung:

Die unselbständigen Einwirkungsrechte - sowohl die mittelbaren als auch die unmittelbaren, aber nicht die selbständigen - sind Regelungen der Kollision bei der Ausübung von Rechten. Würde man sie Art.14 Abs.3 GG unterstellen, wären die Möglichkeiten des Gesetzgebers zur Regelung dieser Kollisionen unsachgemäß eingeengt: Er könnte keine vernünftige Sachgüterordnung mehr schaffen, wenn er alle gegenseitigen Beeinträchtigungen verbieten müßte, soweit an der Beeinträchtigung kein unmittelbares öffentliches Interesse besteht.

Eine Lösung ist danach nur möglich, wenn man fragt, w a r u m Art.14 Abs.3 GG eine Enteignung davon abhängig machen will, daß im Einzelfall ein öffentliches Interesse gegeben ist:

Der Staat benötigt die Enteignungsbefugnis, um seine Aufgaben als Träger der Verwaltung erfüllen zu können. Allein dies rechtfertigt den Eingriff in das Eigentum. Das Merkmal des öffentlichen Interesses garantiert das Vorliegen dieser Rechtfertigung im Einzelfall.

Diese Rechtfertigung ist aber dann nicht erforderlich, wenn es nicht um die Erfüllung der Aufgaben der Staatsverwaltung geht, sondern um die gesetzgeberische Rege-

lung der Kollision zwischen Rechten. Wäre der Gesetzgeber auch in diesen Fällen gehalten, Eingriffe nur bei Vorliegen öffentlichen Interesses im Einzelfall zuzulassen, könnte er keine vernünftige - d.h. optimale Gütternutzung anstrebende - Sachgüterordnung schaffen.

Diese Rechtfertigung für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit unselbständiger Einwirkungsrechte (Kollisionsregelungen) ohne tatbestandliche Voraussetzung eines öffentlichen Interesses können die selbständigen Einwirkungsrechte nicht für sich in Anspruch nehmen. Bei ihnen darf es daher nur die andere Rechtfertigung für den Eingriff in Eigentum geben: das öffentliche Interesse; anders gesagt: diese Rechte müssen vom Gesetzgeber wie eine Enteignung konstruiert werden, das öffentliche Interesse muß zur tatbestandlichen Voraussetzung gemacht werden.

6. Das Grundabtretungsrecht zur Benutzung ist ein mittelbares unselbständiges Einwirkungsrecht. Es ist Inhalt des Bergwerkseigentums. Folglich kann seine Ausübung nicht Enteignung sein. Es brauchte, weil es Kollisionsregelung ist, auch nicht als Enteignung konstruiert zu werden.

Die verfahrensrechtliche Ausgestaltung der Grundabtretung mag dem widersprechen. Wenn der Gesetzgeber gemeint hat, die Grundabtretung sei Enteignung, so rechtfertigt das allein eine Einordnung als Enteignung jedoch nicht: Die Rechtsansicht des Gesetzgebers ist nicht Gesetz. Vor allem aber zeigt die Einordnung der Grundabtretung als unselbständiges Einwirkungsrecht, daß der Gesetzgeber auch nach heutigem Verfassungsrecht nicht gehalten war, eine Grundabtretung nur bei Vorliegen öffentlichen Interesses zuzulassen.

Die Grundabtretung zu Eigentum dagegen ist vom Gesetzgeber als Enteignung konstruiert; im Falle des § 136 Abs.2 ABG hat der Bergwerkseigentümer kein subjektives Recht auf Grundabtretung mehr; hier setzt sich vielmehr eine hoheitliche Befugnis durch.

Nicht als Kollisionsregelungen sind auch diejenigen Fälle zu betrachten, in denen der Gesetzgeber das subjektive Grundabtretungsrecht gibt, ohne daß damit Abbau und Abtransport der verliehenen Mineralien gefördert werden, sondern eine wirtschaftliche Tätigkeit, die für diese Zwecke nicht mehr typisch und erforderlich ist. Bei verfassungskonformer Auslegung fallen diese Fälle nicht mehr unter die Grundabtretung.

Lebenslauf

Am 7.11.1932 in Dortmund als Sohn eines Landwirts geboren, studierte ich nach dem Besuch des neusprachlichen Gymnasiums in Unna sieben Semester Rechtswissenschaft in Freiburg, Berlin und Münster. Die anschliessende Referendarzeit in den Landgerichtsbezirken Dortmund und Münster beendete ich im Juli 1961 mit dem zweiten juristischen Staatsexamen. Seitdem habe ich unter anderem als Richter, als juristischer Mitarbeiter einer Grossbank und als Assistent am Institut für Berg- und Montanunionsrecht an der Universität Münster gearbeitet. Seit dem 1.9.1964 bin ich als wissenschaftlicher Assistent am Zentralinstitut für Raumplanung an der Universität Münster.